

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

La preuve en matière commerciale

Jacquemin, Hervé

Published in:

La preuve au carrefour de cinq disciplines juridiques

Publication date:

2013

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Jacquemin, H 2013, La preuve en matière commerciale. Dans *La preuve au carrefour de cinq disciplines juridiques*. Recyclage en droit, Numéro 3, Anthemis, Limal, p. 79-108.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

La preuve en matière commerciale

Hervé JACQUEMIN

Chargé d'enseignement à l'Université de Namur (CRIDS)

Chargé de cours invité à l'Université catholique de Louvain

Avocat au barreau de Bruxelles

Ludivine KERZMANN

Substitut du Procureur du Roi déléguée au Parquet général de Liège

Introduction

1. Importance de la preuve en matière commerciale. Pour souligner l'importance pratique des règles de preuve, l'adage *idem est non esse aut non probari* est généralement rappelé. Il signifie qu'à défaut de preuve valable, si un litige survient, il sera extrêmement difficile à la partie sur laquelle repose la charge de la preuve de faire valoir ses droits¹. Aussi risque-t-elle de perdre le procès, avec les conséquences potentiellement négatives qui en résultent.

Le principe vaut assurément en matière commerciale comme, du reste, en matière civile. Prenons l'exemple simple d'un contrat de vente conclu oralement entre deux commerçants, dans lequel le vendeur s'est engagé à livrer des meubles de bureau à l'acheteur. Le jour de la livraison, ce dernier refuse de réceptionner les biens, prétendant qu'aucun contrat n'avait été conclu. Il appartiendra au vendeur de démontrer par toutes voies de droit l'existence et les éléments essentiels du contrat et, s'il y parvient, l'acheteur devra exécuter les obligations qui lui incombent (en termes de paiement du prix, principalement). On ne peut cependant pas exclure qu'il échoue à apporter cette preuve et, dans ce cas, il perdra vraisemblablement le procès. L'hypothèse pourrait se présenter si les parties s'étaient limitées à des échanges oraux et que le vendeur ne peut

¹ Pour F. Gény, « l'existence juridique d'un fait dépend tellement de sa preuve, que celle-ci en reste la première condition d'efficacité » (F. GÉNY, *Science et technique en droit privé positif*, t. III, Paris, Sirey, 1921, p. 110, n° 205). H. De Page note aussi que « la preuve est, dans son principe, de nécessité absolue en droit. Ce qui n'est pas prouvé n'est pas affecté, pour cela, dans son existence, sans doute, mais est pratiquement privé de toute utilité, est frappé de stérilité » (H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. III, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1967, p. 695, n° 707). Voy. aussi J. DABIN, « La technique de la preuve juridique, spécialement en droit civil », *B.J.*, 1932, col. 353; R. LEGEAIS, *Les règles de preuve en droit civil. Permanences et transformations*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1955, p. 49; A. COLIN et H. CAPITANT, *Traité de droit civil*, (refondu par L. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE), t. 2, Paris, Dalloz, 1959, t. 2, p. 350, n° 620; P. CATALA, « Le formalisme et les nouvelles technologies », *Rép. Defrénois*, 2000, p. 899, n° 4; Ph. MALINVAUD, « L'impossibilité de la preuve écrite », *J.C.P.*, 1972, I (n° 2468), n° 3; M. VAN QUICKENBORNE, « Quelques réflexions sur la signature des actes sous seing privé », note sous Cass., 28 juin 1982, *R.C.J.B.*, 1985, p. 70, n° 5; P. WÉRY, D. GOBERT et L. KERZMANN, « La preuve », in *Guide juridique de l'entreprise*, 2^e éd., Bruxelles, Kluwer, 2003, p. 20, n° 160.

soutenir ses allégations par aucun élément convaincant, fût-il une présomption ou un témoignage. La position du vendeur sera, par contre, plus favorable s'il dispose d'un dossier solide, étayé notamment par des échanges de courriels entre les parties, ou s'il a envoyé une facture qui n'a pas été contestée par son cocontractant dans un délai raisonnable.

2. Quelles sont les règles qui encadrent la preuve en matière commerciale? L'importance des questions probatoires n'a pas échappé au législateur (voy. les articles 1315 et suivants du Code civil) : aussi impose-t-il notamment l'accomplissement de règles de forme pour offrir aux parties un moyen de preuve efficace et, ce faisant, garantir la sécurité des opérations contractuelles.

En matière civile, le principe de la prééminence de l'écrit sur les présomptions et les témoignages est consacré à l'article 1341 du Code civil. Tenant compte des contraintes et des besoins propres à la matière commerciale, c'est un tout autre système qui est consacré par les textes applicables en Belgique en ce domaine (en particulier, le Code civil et le Code de commerce) : sauf exception, la preuve est libre, ce qui autorise les parties à prouver les actes juridiques par toutes voies de droit, en ce compris les témoignages et les présomptions.

En outre, au moment de convaincre le juge, il n'y a théoriquement plus de hiérarchie entre l'écrit et les témoignages ou les présomptions (on peut donc prouver contre un écrit par des présomptions). On verra cependant que cette affirmation doit être doublement tempérée : par la pratique, d'une part, qui donne *de facto* – et avec raison – une plus grande valeur probante à l'écrit, et par l'existence de deux modes de preuve spécifiques au droit commercial, d'autre part, qui bénéficient d'une force probante particulière (la facture acceptée et les livres de commerce).

3. Plan de la contribution. Dans un premier temps, il convient de cerner précisément la signification et la portée du principe de la liberté de la preuve (section 1).

Ensuite, à l'aune de ce principe, les modes de preuve généralement utilisés en matière commerciale pourront être examinés (section 2). L'analyse distinguera les modes de preuve communs aux matières civiles et commerciales (aveu, serment, écrit, témoignages et présomptions) et ceux qui bénéficient d'un régime spécifique en matière commerciale (livres de commerce et facture acceptée).

Précisons encore que nous n'examinons pas les règles relatives à la charge de la preuve², qui ne présentent pas de spécificité particulière en matière commerciale.

² Art. 1315, C. civ., et 870, C. jud.

Section 1

Principe de la liberté de la preuve

4. Principe de la prééminence de l'écrit *versus* principe de la liberté de la preuve. Pour comprendre précisément le principe de la liberté de la preuve, tel que consacré par l'article 25, alinéa 1^{er}, du Code de commerce, il échet de le présenter parallèlement à celui de la prééminence de l'écrit, qui prévaut en matière civile (article 1341 du Code civil).

À l'instar des deux côtés d'une même pièce de monnaie, différents mais complémentaires, c'est en présentant chaque principe de manière contrastée par rapport à l'autre que l'on parvient à cerner leur signification et leur portée respectives. On comprend également que les différences de régime ainsi constatées – même si elles tendent à se réduire – s'expliquent par les objectifs distincts qu'ils poursuivent, justifiés par des considérations propres à la matière civile ou commerciale. Il ne faut donc pas voir le principe de la liberté de la preuve comme une exception au principe de la prééminence de l'écrit, mais comme un système à part entière et indépendant³, doté d'une logique propre.

Aussi expliquons-nous brièvement le principe de la prééminence de l'écrit en matière civile avant d'expliquer, par contraste, la signification et la *ratio legis* du principe de la liberté de la preuve en matière commerciale (§ 1), ainsi que son champ d'application (§ 2).

§ 1. Signification et *ratio legis* du principe de la liberté de la preuve

5. Principe de la prééminence de l'écrit en matière civile. L'article 1341 du Code civil exige un écrit (acte sous seing privé ou acte authentique) pour prouver les actes juridiques d'une valeur supérieure à 375 € (1^{re} règle) ou pour prouver contre ou outre un écrit (2^e règle).

Ainsi consacrée, la prééminence de l'écrit sur les présomptions et les témoignages se marque à deux niveaux.

D'une part, dans les hypothèses visées par l'article 1341 du Code civil, outre l'aveu et le serment, seul l'écrit régulier (respectant les prescriptions formelles qui lui sont imposées) est recevable. Les présomptions et les témoignages sont irrecevables. Lorsqu'il est question de *recevabilité*, on vise généralement « l'admissibilité d'un mode de preuve en justice »⁴. Il s'agit du premier contrôle auquel

³ Les termes de l'article 1341, alinéa 2, Code civil, (« sans préjudice de... ») et de l'article 25, alinéa 1^{er}, du Code de commerce (« indépendamment... ») le confirment. À ce sujet, voy. *infra*, n° 6.

⁴ D. MOUGENOT, « La preuve », *Rép. not.*, t. IV, Livre II, 4^e éd., Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 84-85, n° 14-2.

est soumise la preuve : le juge doit en effet déterminer s'il reçoit la preuve qui lui est présentée⁵.

D'autre part, l'écrit jouit d'une force probante élevée. La *force probante* d'un acte est comprise comme « le degré, l'intensité quant à la preuve que la loi lui reconnaît et qui s'impose au juge : acte faisant preuve jusqu'à inscription de faux, jusqu'à preuve du contraire, quelle preuve contraire, commencement de preuve... »⁶. Entre parties, l'acte sous seing privé⁷ possède une force probante élevée dans la mesure où le pouvoir d'appréciation du juge est extrêmement réduit : une fois passé le préalable de la reconnaissance⁸, on présume que l'écrit émane du signataire et que celui-ci a adhéré à son contenu. Quelle que soit sa conviction, le juge ne peut décider de ne pas tenir compte de ce que l'acte prescrit. Et pour le compléter ou prouver le contraire, les parties sont en principe tenues de respecter la seconde règle de l'article 1341 : un autre écrit est donc requis. À la différence de l'écrit, les témoignages et les présomptions n'ont pas de force probante⁹. Le juge doit donc apprécier leur *valeur probante* (*infra*, n° 16). La valeur probante d'un acte est « son aptitude à emporter la conviction du juge »¹⁰. C'est « la crédibilité, la confiance, le crédit, le sérieux que le juge peut lui accorder en conscience »¹¹.

L'écrit requis conformément à l'article 1341 du Code civil a pour but d'éviter les contestations en offrant un mode de preuve efficace. Plus précisément, le législateur donne la prééminence à la preuve écrite pour écarter les témoignages et les présomptions. Ce choix se comprend sans peine eu égard aux fonctions de l'écrit, qui garantissent la lisibilité, la pérennité et, même si cette

⁵ Pour une critique de cette notion de recevabilité, M.-E. STORME, « De invoering van de elektronische handtekening in ons bewijsrecht – Een inkadering van een commentaar bij de nieuwe wetbepalingen », *R.W.*, 2000-2001, p. 1507, n° 9.

⁶ F. DUMON, « De la motivation des jugements et arrêts et de la foi due aux actes », *J.T.*, 1978, p. 486, n° 35. D. Mougenot précise le sens de la notion en indiquant que « la force probante est l'intensité avec laquelle un mode de preuve lie le juge et les parties » (D. MOUGENOT, « La preuve », *op. cit.*, p. 85, n° 14-2). Cet auteur se fonde notamment sur la définition donnée par N. VERHEYDEN-JEANMART, *La preuve*, Bruxelles, Larcier, 1991, p. 195, n° 397 et s. Voy. aussi H. DE PAGE, qui estime que « la force probante d'un acte, c'est la foi due à cet acte en tant qu'il est retenu comme preuve par la loi. C'est parce qu'il est reconnu comme tel que foi lui est due » (H. DE PAGE, *op. cit.*, t. III, p. 749, n° 757).

⁷ Nous ne nous attardons pas sur la force probante de l'acte authentique (à ce sujet, voy. l'art. 1319, C. civ.).

⁸ Art. 1322, al. 1^{er}, C. civ. : « l'acte sous seing privé, reconnu par celui auquel on l'oppose, ou légalement tenu pour reconnu, a, entre ceux qui l'ont souscrit et entre leurs héritiers et ayants cause, la même foi que l'acte authentique ». Cette reconnaissance peut être expresse ou tacite. Dans ce dernier cas, si le signataire ne dénie pas formellement sa signature ou son écriture, on estime généralement qu'il la reconnaît. Dans le cas contraire, si l'écriture ou la signature est désavouée, la procédure en vérification d'écriture est mise en œuvre (art. 1323-1324, C. civ., et art. 883-894, C. jud.).

⁹ H. DE PAGE, *op. cit.*, t. III, p. 957, n° 929; N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, p. 414, n° 971; D. MOUGENOT, « La preuve », *op. cit.*, p. 318, n° 239.

¹⁰ D. MOUGENOT, « La preuve », *op. cit.*, p. 85, n° 14-2.

¹¹ F. DUMON, « De la motivation des jugements et arrêts et de la foi due aux actes », *J.T.*, 1978, pp. 486-487, n° 35.

fonction est plus contestée, l'intégrité des informations¹². Ni les présomptions ni les témoignages n'apportent de garanties similaires¹³. C'est d'ailleurs ce qui explique que l'ordonnance de Moulins de février 1566 réforme le système en vigueur jusqu'alors, exprimé par la maxime de Loisel « Témoins passent lettres »¹⁴. Désormais, « Lettres passent témoins »¹⁵. Lorsque la valeur du contrat dépassait 100 livres, un écrit était nécessaire (acte notarié ou acte privé). On ne pouvait plus prouver contre ou outre par témoins ce qui, dans le passé, avait été source de contentieux. La preuve testimoniale avait en effet montré ses limites. Au fil du temps, la mémoire des témoins n'était plus infaillible et tendait à s'estomper. Leur impartialité n'était pas non plus sans reproche. Il n'était pas rare de profiter de l'indigence des témoins¹⁶ ou de les encourager à la boisson pour acheter leur complaisance. « Qui mieux abreuve, mieux preuve », dira

¹² Sur les fonctions de l'écrit, voy. H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel. Mécanisme de protection de la partie faible*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 121 et s., n° 73 et s.

¹³ Sur la supériorité de l'écrit par rapport aux témoignages, voy. R. VON JHÉRING, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement* (trad. O. de Meulenaere), t. III, 3^e éd., Paris, Chevalier-Marescq, 1887, pp. 191-192; N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, pp. 117-118, n° 235; D. MOUGENOT, « La preuve », *op. cit.*, p. 120, n° 36. Il est intéressant de noter l'opinion de P. Foriers, qui se montre plus nuancé et considère que le principe de la prééminence de l'écrit, tel qu'il est énoncé dans le Code civil, résulte en réalité de « motifs circonstanciels, liés au procès lui-même, à son déroulement, à son efficacité, non à la plus grande vérité matérielle qui résulterait de l'écrit » (P. FORIERS, « Considérations sur la preuve judiciaire », in *La preuve en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1981, pp. 320 et s. et spéc. p. 323; du même auteur, voy. aussi « Introduction au droit de la preuve », in *La preuve en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1981, pp. 20-22). Selon lui, ce sont plutôt les retards et les complications de la preuve testimoniale et des objectifs de simplification et de rapidité qui justifient la règle de la prééminence de l'écrit. Et pour appuyer son argumentation, il invoque le caractère supplétif de l'article 1341 ainsi que son inapplication en matière commerciale (spécialement la seconde règle de l'article 1341) ou aux tiers. Il en conclut donc que « la supériorité de l'écrit est un de ces mythes créés a posteriori d'une réforme ancienne et à la finalité essentiellement pratique » (*Ibid.*, p. 323).

¹⁴ LOISEL, *Institutes coutumières, ou plusieurs et diverses Reigles, Sentences et Proverbes tant anciens que modernes, du Droit coutumier et plus ordinaire de la France*, Nouvelle édition par M. REULOS, Paris, Sirey, 1935, n° 763 (ou n° 774 dans d'autres éditions). Jusqu'au XVI^e siècle, le témoignage possède une valeur supérieure à l'écrit et suffit pour le contredire. Peu de gens savent écrire et lire, ce qui les place dans l'incapacité de vérifier ce que le scribe a rédigé. L'écrit suscite la méfiance : « la plume de n'importe qui peut écrire n'importe quoi », dit-on à l'époque. Du reste, les faux sont légion. Avec la maîtrise sans cesse croissante de l'écriture au sein de la population et les progrès de l'imprimerie, la preuve par écrit acquiert de plus en plus d'importance.

¹⁵ À l'occasion de son discours de présentation sur la vente au corps législatif, Portalis expose les antécédents historiques qui ont conduit à préférer l'écrit aux témoignages. « Les jurisconsultes romains, plus frappés de ce qui tient à la substance du contrat que ce qui peut garantir sa sûreté, pensaient qu'il était libre au vendeur et à l'acheteur de traiter par parole ou par écrit. Parmi nous, il a été un temps où l'on avait presque perdu jusqu'au souvenir de l'usage de l'écriture. Dans ce temps, on avait proclamé cet adage qui nous a été conservé par quelques anciens coutumiers : *Témoins passent lettres*. Dans les affaires publiques, on était gouverné par des usages ou des traditions plutôt que par des lois. Dans les affaires privées, des paroles fugitives, recueillies par quelque affidé ou quelque voisin, faisaient toute la sûreté des contrats. Les choses changèrent quand l'instruction reparut. On vit s'établir cette autre maxime : *Lettres passent témoins*. L'ordonnance de Moulins et celle de 1667 prohibaient d'admettre la preuve par témoins en matière de contrats, à moins qu'il n'y eût un commencement de preuve par écrit, ou qu'il ne fût question d'une valeur infiniment modique. La vente ne fut pas distinguée des autres conventions. Le projet de loi suppose et consacre à cet égard les principes existants » (Présentation au corps législatif et exposé des motifs par Portalis, 27 février 1804, in P.A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 14, Osnabrück, Otto Zeller, 1968 (réimpression de l'édition de 1827), p. 110).

¹⁶ Comme dira Loisel, « Pauvreté n'est pas vice, mais en grande pauvreté n'y a pas grande loyauté » (LOISEL, *Institutes coutumières*, *op. cit.*, n° 773 (ou n° 785 dans d'autres éditions)).

Loisel¹⁷. Des contradictions entre les témoignages pouvaient aussi être source de problèmes. Compte tenu de ses fonctions, l'écrit ne souffre pas de ces faiblesses. Il fixe la volonté des parties pour une longue période (fonctions de pérennité et de lisibilité) et permet de révéler les altérations, ce qui prévient les fraudes éventuelles (fonction d'intégrité).

6. Signification du principe de la liberté de la preuve. Aux termes du second alinéa de l'article 1341 du Code civil, les deux règles établies à l'alinéa 1^{er} sont d'application « sans préjudice de ce qui est prescrit dans les lois relatives au commerce ». Précisément, l'article 25, alinéa 1^{er}, du Code de commerce dispose qu'« indépendamment des modes de preuve admis par le droit civil, les engagements commerciaux pourront être constatés par la preuve testimoniale, dans tous les cas où le tribunal croira devoir l'admettre, sauf les exceptions établies pour des cas particuliers ».

En matière commerciale, tous les modes de preuve sont en principe *recevables*, en ce compris les témoignages et les présomptions (même si elles ne sont pas expressément mentionnées à l'article 25, alinéa 1^{er}, du Code de commerce¹⁸). Il n'en résulte toutefois pas que cette recevabilité soit automatique : l'article 25 du Code de commerce énonce en effet que la preuve testimoniale est admise « dans tous les cas où le tribunal croira devoir l'admettre ». Le pouvoir d'appréciation du juge à cet égard est certain¹⁹. Les témoignages et les présomptions peuvent donc être reçus par le juge, non seulement pour prouver un acte juridique, mais également pour contester ou compléter un écrit qui aurait été préalablement constitué²⁰.

Théoriquement, dès lors que la recevabilité et la valeur (ou la force) probante d'un moyen de preuve constituent deux éléments distincts et successifs du raisonnement, il ne suffit pas de décider que les présomptions ou les témoignages sont recevables en matière commerciale. Le juge doit également se prononcer sur la valeur probante à leur attribuer. On sait que les témoignages et les présomptions n'ont pas de force probante : le juge n'est pas lié et dispose d'un pouvoir souverain d'appréciation pour déterminer s'ils emportent sa conviction.

Dans la rigueur des principes, rien ne s'oppose d'ailleurs à ce qu'il se laisse convaincre par des témoignages et des présomptions qui contrediraient ou complèteraient un écrit²¹.

Il en résulte logiquement que la force probante reconnue à l'écrit perd en intensité²². En admettant même que les règles relatives à la force probante des écrits (articles 1319 et 1322 du Code civil)²³ demeurent d'application²⁴, il faut reconnaître que celle-ci n'est plus absolue puisqu'un témoignage ou une présomption pourrait emporter la conviction du juge contre un écrit. Certes, on arguera qu'en tant que telle, seule la recevabilité (et pas la valeur probante) des témoignages ou des présomptions est visée par les articles 1341, alinéa 2, du Code civil et 25, alinéa 1^{er}, du Code de commerce. Cependant, l'admissibilité de ces moyens de preuve perdrait tout son sens si, au moment d'apprécier leur valeur probante, le juge devait nécessairement décider que l'écrit est supérieur aux témoignages ou aux présomptions sur ce point.

Nonobstant les considérations qui précèdent, force est de reconnaître qu'en pratique – et en toute logique – le juge aura tendance à accorder plus de foi à un écrit signé par les parties, même s'il est contredit par des témoignages ou des présomptions. Comme le note un auteur, « malgré les facilités que donne l'article 25 du Code de commerce, il subsiste une méfiance généralisée à l'égard du témoignage lorsqu'il s'agit de prouver des contrats et bien plus encore lorsqu'il est question de prouver contre un écrit »²⁵. Cela tend à réduire les différences entre les deux régimes probatoires, d'autant qu'en matière civile, le champ d'application de l'article 1341 est interprété strictement alors que les exceptions

¹⁷ LOISEL, *Institutes coutumières*, op. cit., n° 758 (ou n° 770 dans d'autres éditions).

¹⁸ Voy. les termes de l'art. 1353, C. civ. (... « et dans les cas seulement où la loi admet la preuve testimoniale »...).

¹⁹ X. DIEUX, « La preuve en droit commercial », *La preuve*, Actes du colloque organisé les 12 et 13 mars 1987 à l'U.C.L., p. 2 ; P. WÉRY, D. GOBERT et L. KERZMANN, « La preuve », op. cit., p. 26, n° 300 ; Cass., 29 mars 1974, *Pas.*, 1974, I, p. 782 ; Mons, 26 juin 1984, *Pas.*, 1984, II, p. 140 ; Liège, 19 octobre 2007, *J.L.M.B.*, 2008, p. 1769 ; Gand, 14 novembre 2005, *Revue DIPR*, 2006, p. 60. Sur la distinction entre la recevabilité des modes de preuve et la recevabilité des faits à prouver, J.-F. LECLERCQ, « Essai de solution d'une adaptation du régime des preuves en droit privé », in *Unité et diversité du droit privé*, Bruxelles, Éditions de l'ULB, 1983, p. 349.

²⁰ On peut se demander si ce pouvoir donné au juge d'admettre, ou pas, les témoignages et les présomptions, s'applique également à l'écrit. Nous sommes d'avis que la réponse est négative : pas plus qu'en matière civile, le juge ne peut exercer de pouvoir d'appréciation pour décider de le recevoir, ou pas, comme moyen de preuve. Pour ce moyen de preuve, la recevabilité reste de droit.

²¹ Liège, 19 octobre 2007, *J.L.M.B.*, 2008, p. 1769, qui décide néanmoins qu'il convient de faire preuve de circonspection dans ce cas.

²² En ce sens, voy. D. MOUGENOT qui considère que « la force probante d'un moyen de preuve déterminé n'est pas nécessairement identique en toute hypothèse. Dans les cas où la preuve par toute voie de droit est admise, même la preuve littérale perd sa suprématie de principe. En matière commerciale ou lorsqu'existe un commencement de preuve par écrit ou une impossibilité de prouver par écrit, rien n'empêche de prouver contre un acte par des témoignages ou des présomptions. Dans le cadre des exceptions à l'article 1341, la force probante des actes est donc affaiblie » (D. MOUGENOT, « La preuve », op. cit., p. 86, n° 14-2).

²³ Comp. J.-F. Leclercq, selon qui « la différence entre la preuve en droit civil et celle en droit commercial se situe donc bien uniquement au niveau des articles 1341 et 1353 du Code civil sur l'admissibilité du mode de preuve » (J.-F. LECLERCQ, « Essai de solution d'une adaptation du régime des preuves en droit privé », *Unité et diversité du droit privé*, Bruxelles, Éditions de l'ULB, 1983, p. 345).

²⁴ Cf. P. VAN OMMELAGHE, *Droit des obligations*, t. III, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 2233, n° 1633, qui estime que le juge commercial doit respecter « la règle de la foi due aux actes de la même manière que le juge civil ».

²⁵ D. MOUGENOT, « La preuve », op. cit., p. 145, n° 56. En ce sens, J.-F. LECLERCQ, « Essai de solution d'une adaptation du régime des preuves en droit privé », in *Unité et diversité du droit privé*, Bruxelles, Ed. de l'ULB, 1983, pp. 343 et s., et spécialement pp. 346-347 (celui-ci énonce les circonstances dans lesquelles « la preuve testimoniale, considérée par la jurisprudence commerciale comme essentiellement dangereuse, ne présente dès lors pas une garantie suffisante, pour servir d'unique fondement à une décision définitive ») ; X. DIEUX, « La preuve en droit commercial », op. cit., p. 2 ; P. VAN OMMELAGHE, « Examen de jurisprudence (1974 à 1982) – Les obligations », *R.C.J.B.*, 1988, p. 158, n° 238 ; P. WÉRY, « L'impossibilité morale de la preuve écrite, spécialement dans les relations entre concubins », note sous Liège, 10 mars 1994, *J.L.M.B.*, 1994, p. 895 ; P. WÉRY, D. GOBERT et L. KERZMANN, « La preuve », op. cit., p. 26, n° 300. Voy. aussi H. DE PAGE, op. cit., t. III, p. 908, n° 888 et la jurisprudence citée en note.

sont comprises assez largement : pour reprendre les termes de J. Limpens, « les tribunaux s'appliquent sagement à rejoindre ce que le législateur a artificiellement séparé »²⁶.

7. Ratio legis du principe de la liberté de la preuve. Si l'article 1341 ne doit pas être observé à l'égard de la personne dans le chef de laquelle l'acte est de nature commerciale (*infra*, n° 10), ce n'est pas parce que cette partie est jugée plus forte que l'autre et, par conséquent, ne devrait pas bénéficier de la mesure de protection. Le principe de la liberté de la preuve en matière commerciale se justifie en effet par les besoins de célérité propres au droit des affaires²⁷. De manière générale, on ne peut exiger des commerçants qu'ils établissent des documents pour les nombreuses opérations qu'ils accomplissent chaque jour²⁸. S'agissant de professionnels, ils sont normalement en mesure d'apprécier les risques au moment de décider si l'acte juridique doit être constaté dans un écrit signé ou si l'on peut se contenter de présomptions, voire de témoignages. Lorsque les enjeux sont importants ou la matière technique, les parties ne manqueront généralement pas de formaliser leur accord comme il se doit. Dans les autres cas, elles pourront juger suffisant de se fonder sur un bon de commande, un bon de livraison, ou des extraits bancaires constatant des mouvements de fonds, pour faire la preuve du contrat ainsi conclu et de ses éléments essentiels.

§ 2. Champ d'application du principe de la liberté de la preuve

8. Éléments à prendre en considération. Pour circonscrire le champ d'application du principe de la liberté de preuve, une précision doit être donnée relativement à l'acception des termes « engagements commerciaux » qui figurent à l'article 25, alinéa 1^{er}, du Code de commerce (*infra*, n° 9). Pour le reste, il faudra établir si l'acte est de nature civile ou commerciale dans le chef de celui contre lequel la preuve doit être apportée (*infra*, n° 10). Sur ce point, des critiques peuvent être adressées au régime en vigueur, autant qu'à l'absence de réforme envisagée à son sujet (*infra*, n° 11).

²⁶ J. LIMPENS, « De l'unification du droit civil et du droit commercial », *J.T.*, 1953, p. 357, n° 30; S. FREDERICQ, « L'unification du droit civil et du droit commercial. Essai de solution pragmatique », *Rev. trim. dr. com.*, 1962, p. 214, n° 14.

²⁷ Soulignant cette exigence de célérité, voy. D. MOUGENOT, « La preuve », *op. cit.*, pp. 143-144, n° 54; J.-F. LECLERCQ, *op. cit.*, p. 339; X. DIEUX, « La preuve en droit commercial belge », *op. cit.*, p. 84. Il convient d'ajouter que, dans certaines hypothèses, c'est précisément le formalisme contractuel (et notamment l'exigence d'un écrit) qui permet d'atteindre cet objectif de célérité.

²⁸ Voy. D. Mougenot, qui estime que « les commerçants agissant en professionnels sont les mieux placés pour apprécier s'il y a lieu ou non de recourir à l'écrit. Un certain pragmatisme prévaut dans ce domaine » (D. MOUGENOT, « La preuve », *op. cit.*, p. 143, n° 54; *adde* X. DIEUX, « La preuve en droit commercial belge », *op. cit.*, p. 84).

9. Actes juridiques. Pas plus que l'article 1341 du Code civil (qui s'applique aux « choses »), l'article 25 du Code de commerce ne fait référence aux « actes juridiques » pour délimiter son domaine d'application. Il est cependant admis que l'expression « engagements commerciaux » ne doit pas être comprise dans son sens littéral. L'article 25, alinéa 1^{er}, du Code de commerce vise de manière générale les actes juridiques, en ce compris lorsqu'ils ont pour effet d'éteindre une obligation (à l'instar du paiement²⁹).

Comme en matière civile, les faits matériels et les faits juridiques peuvent être prouvés par toutes voies de droit.

Pour le reste, et par application de l'adage *iura novit curia*, il n'appartient pas aux parties de prouver la règle de droit applicable au litige. Cette charge repose sur le juge, censé connaître le droit et l'appliquer en conséquence aux éléments de fait qui lui sont soumis. C'est dans ce contexte que peut se poser la question de savoir s'il incombe à la partie qui entend se fonder sur un usage commercial d'en apporter la preuve (ou si elle repose sur le juge)³⁰. On distingue traditionnellement les usages de droit et les usages conventionnels³¹. Seuls les derniers devraient être prouvés par les parties, le cas échéant en recourant à des parères. Les usages de droit³² constituent en effet des règles coutumières équivalentes à des lois (et qu'il revient au juge de prouver).

10. Actes juridiques de nature commerciale. L'article 25, alinéa 1^{er}, du Code de commerce ne s'applique que lorsque l'acte juridique est de nature commerciale dans le chef de la personne contre laquelle la preuve doit être apportée. Pour apprécier s'il faut appliquer l'article 1341 du Code civil ou s'en remettre à la liberté de la preuve, ce n'est pas la qualité des cocontractants qui est déterminante, mais la nature de l'acte accompli³³ : un commerçant peut,

²⁹ À cet égard, des discussions ont vu le jour relativement au caractère réfragable ou irréfragable de la présomption établie à l'article 1282 du Code civil (suivant lequel « la remise volontaire du titre original, sous signature privée, par le créancier au débiteur, fait preuve de la libération »). En faveur du caractère irréfragable en matière civile, voy. H. DE PAGE, *op. cit.*, t. III, p. 487, n° 484. Si J. Van Ryn et J. Heenen ne contestent pas le caractère irréfragable de la présomption en matière civile, ils estiment néanmoins qu'en matière commerciale, elle est réfragable (*Principes de droit commercial*, t. II, Bruxelles, Bruylant, 1957, pp. 241-242, n° 1241). Jugeant que la présomption irréfragable ne s'applique pas lorsque l'une des parties est commerçante, voy. Comm. Bruxelles, 2 décembre 1963, *Jur. comm. Brux.*, 1964, p. 181.

³⁰ Sur cette question, voy. P. WÉRY, D. GOBERT et L. KERZMANN, « La preuve », *op. cit.*, p. 42, n° 620-630.

³¹ Pour un examen critique de cette distinction, voy. P. VAN OMMELAGHE, *Droit des obligations*, *op. cit.*, pp. 2237-2238, n° 1636.

³² À titre d'exemple, on cite généralement la solidarité de droit entre commerçants ou la mise en demeure dépourvue de tout formalisme (et qui se réalise par la seule échéance du terme).

³³ O. CAPRASSE et A. BENOÎT-MOURY, « Validité et force obligatoire des clauses contractuelles relatives à la preuve », *Droit de la preuve*, Liège, Formation permanente CUP, 1997, p. 118; D. MOUGENOT, « La preuve », *op. cit.*, pp. 146-147, n° 58; P. WÉRY, D. GOBERT et L. KERZMANN, « La preuve », *op. cit.*, p. 33, n° 440; Bruxelles, 28 octobre 1993, *J.T.*, 1994, p. 296 (« la règle de la liberté des preuves est applicable quelle que soit la qualité des parties, s'agissant du paiement d'effets de commerce, dès lors que ceux-ci sont des instruments spécifiques au commerce »); Cass., 6 novembre 2008, *Pas.*, 2008, p. 2483 (« la liberté de preuve s'applique aux engagements commerciaux, peu importe que l'une des parties ne soit pas commerçante ou qu'elle ait cessé de l'être »).

en effet, accomplir un acte de nature civile. De même, certains actes de nature commerciale peuvent être exécutés par des non-commerçants. On se référera à cet égard à la définition des actes de commerce, reprise à l'article 2 du Code de commerce³⁴.

Pour les actes mixtes (entre un commerçant – acte de nature commerciale – et un non-commerçant – acte de nature civile), on applique les règles de manière distributive, selon la nature de l'acte dans le chef de la personne contre laquelle la preuve doit être apportée³⁵. Cette règle est largement admise en jurisprudence et en doctrine, même si certains auteurs relèvent la solution discriminatoire à laquelle elle aboutit, dans le chef des commerçants³⁶ : sous réserve de dérogations conventionnelles, ils sont en effet tenus de se soumettre au formalisme de l'article 1341 du Code civil lorsqu'ils contractent avec de non-commerçants. Pour cette raison, notamment, d'aucuns plaident pour une unification du droit civil et du droit commercial en matière de preuve³⁷.

11. Regard critique sur le critère de la nature commerciale ou civile de l'acte juridique. Le critère de la nature commerciale ou civile de l'acte à prouver, qui détermine l'application du principe de la prééminence de l'écrit (article 1341 du Code civil) ou de la liberté de la preuve (article 25 du Code de commerce) est insatisfaisant à plusieurs égards.

D'abord, la mise en œuvre des critères établis aux articles 1^{er} et 2 du Code de commerce pour identifier les actes de commerce ou les commerçants peut faire l'objet de discussions (avec les incertitudes qui en résultent sur le plan de la sécurité juridique). Le Code de commerce dresse en effet une longue liste désordonnée d'hypothèses réputées « acte de commerce » (article 2 du Code de commerce – on parle d'actes de commerce objectifs) avant d'introduire une

catégorie résiduelle qui couvre les actes accomplis par les commerçants dont on présume de manière réfragable qu'ils constituent des actes de commerce (article 2 *in fine*, du Code de commerce – on parle d'actes de commerce *subjectifs*). Le raisonnement devient cependant circulaire lorsque l'on cherche à tracer les contours de la notion de commerçant, et que l'on se réfère à l'article 1^{er} du Code de commerce (qui utilise le critère des actes de commerce, en y ajoutant des conditions)³⁸. Le tableau est encore obscurci par l'application de l'exigence additionnelle du but de lucre imposée par la Cour de cassation pour donner lieu à la qualification d'acte de commerce³⁹.

On constate ensuite que cette distinction entre les actes de nature civile et les actes de nature commerciale se superpose (mais sans correspondre parfaitement) à une autre *summa divisio*, qui tend à se généraliser au moment de circonscrire le domaine d'application des législations économiques. On songe aux notions d'« entreprise » et de « consommateur », que l'on trouve aussi en droit de l'Union⁴⁰ et qui seront utilisées dans le Code de droit économique⁴¹. On peut se demander s'il est cohérent et justifié que les titulaires d'une profession libérale, les autorités publiques (dans les activités économiques étrangères à l'exercice de la puissance publique) ou les ASBL ne soient pas considérés comme des commerçants (et soient ainsi exclus de l'application de l'article 25 du Code de commerce) alors que, par ailleurs, elles constituent des entreprises, et se verront donc appliquer de nombreuses dispositions du Code de droit économique. Le cas échéant, d'aucuns pourraient d'ailleurs arriver à la conclusion qu'il s'agit d'une différence de traitement contraire aux articles 10 et 11 de la Constitution.

Il est également regrettable que le Code de commerce semble échapper à l'effort considérable de codification entrepris par le législateur dans le domaine économique (avec l'adoption du Code de droit économique). *In fine*, le résultat global sera nécessairement terni par la survivance d'un Code de commerce largement dépassé et gouverné par des notions et une logique qui lui sont propres.

Aussi faut-il espérer que le législateur poursuive son travail de codification pour tenir compte également des règles tirées du Code de commerce, et qu'il s'emploie à mettre en place un système cohérent et intégré pour définir les personnes auxquelles s'appliquent les règles adoptées.

³⁸ Aux termes de cette disposition, les commerçants sont « ceux qui exercent des actes qualifiés commerciaux par la loi et qui en font leur profession habituelle, soit à titre principal, soit à titre d'appoint ».

³⁹ Cass., 19 janvier 1973, R.C.J.B., 1974, p. 323, note; Cass., 12 mars 1981, *Pas.*, 1981, I, p. 758. Cette exigence additionnelle est en effet controversée (voy. not. P. VAN OMMELAGHE, *Droit des obligations*, t. III, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 2234, n°1633).

⁴⁰ À noter toutefois qu'en droit de l'Union, il sera également fait référence à la notion de « professionnel ».

⁴¹ Voy. notamment les définitions de « consommateur » et d'« entreprise » que l'on trouve à l'article I.1., 1^{er} et 2^o, du projet de Livre I du Code de droit économique, tel qu'introduit par le projet de loi du 27 mai 2013 portant insertion du titre 1^{er} « Définitions générales » dans le livre I « Définitions » du Code de droit économique.

³⁴ On note que la qualité de commerçant repose sur l'accomplissement des actes qualifiés commerciaux par la loi (art. 1^{er}, C. comm.). Il est vrai cependant qu'un commerçant qui accomplit des actes de nature civile reste soumis à l'article 1341 du Code civil. Mais il lui appartient de prouver que l'acte en question est étranger à son activité commerciale.

³⁵ X. DIEUX, « La preuve en droit commercial », *op. cit.*, pp. 4-6; D. MOUGENOT, « La preuve », *op. cit.*, pp. 147-148, n° 59; P. WÉRY, D. GOBERT et L. KERZMANN, « La preuve », *op. cit.*, pp. 35-36, n° 480-490. Pour des applications récentes en jurisprudence, Bruxelles, 27 octobre 2010, R.G.D.C., 2011, p. 462; Anvers, 16 novembre 2009, *NjW*, 2010, p. 545, note C. LEBON; Mons, 19 janvier 2010, *J.L.M.B.*, 2010, p. 1033; Gand, 4 mars 2009, *D.C.C.R.*, 2009, p. 135, note G. BALLON; J.P. Audenarde, 29 janvier 2009, *R.D.C.*, 2010, p. 537; J.P. Audenarde, 23 octobre 2008, *J.J.P.*, 2012, p. 360; J.P. Audenarde, 6 novembre 2008, *J.J.P.*, 2012, p. 363, note R. STEENNOT; Anvers, 18 février 2008, *Limb. Rechtsl.*, 2009, p. 32.

³⁶ Sur ces thèses, X. DIEUX, « La preuve en droit commercial », *op. cit.*, p. 5; J.-F. LECLERCQ, « Essai de solution d'une adaptation du régime des preuves en droit privé », *Unité et diversité du droit privé*, Bruxelles, Éditions de l'ULB, 1983, pp. 402-403; D. MOUGENOT, « La preuve », *op. cit.*, pp. 147-148, n° 59; P. WÉRY, D. GOBERT et L. KERZMANN, « La preuve », *op. cit.*, p. 36, n° 490.

³⁷ Comme le note X. Dieux, « *de lege ferenda*, la multiplication des opérations mettant en présence un commerçant et une personne civile, engendrée par le développement de la société de consommation, et la célérité qui caractérise les innombrables transactions suscitées par celle-ci, justifierait que la dualité des deux régimes de preuve soit purement et simplement remise en cause » (X. DIEUX, « La preuve en droit commercial », *op. cit.*, p. 6).

§ 3. Exceptions au principe de la liberté de la preuve

12. Double niveau d'exceptions au principe de la liberté de la preuve.

Aux termes de l'article 25, alinéa 1^{er}, du Code de commerce, la règle de la recevabilité de la preuve testimoniale pour constater les engagements commerciaux est d'application « sauf les exceptions établies pour des cas particuliers ».

Ces exceptions sont de deux ordres⁴².

On trouve d'abord des cas dans lesquels un écrit est requis à des fins probatoires (*infra*, n° 13).

Il existe aussi des hypothèses dans lesquelles l'écrit prescrit par le texte légal ou réglementaire particulier constitue une condition de validité de l'acte juridique (*infra*, n° 14). Autrement dit, les formalités requises peuvent poursuivre un objectif probatoire, mais ce ne sont pas les seules finalités qui expliquent que le législateur y recoure. Ces exigences peuvent, en effet, avoir pour but de protéger l'un des cocontractants, supposé en position de faiblesse, ou de faciliter l'exécution d'une obligation contractuelle, au moyen d'un formalisme standard.

13. Dérogations au principe de la liberté de la preuve à des fins probatoires.

Plusieurs exemples peuvent être donnés pour illustrer la manière dont le législateur déroge au principe de la liberté de la preuve⁴³.

On peut prendre l'exemple de l'article 10 de la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre⁴⁴. Intitulée « preuve et contenu du contrat », cette disposition est divisée en trois paragraphes⁴⁵. Le premier consacre la règle de la prééminence de l'écrit pour prouver le contrat d'assurance et ses modifications

ou pour prouver contre ou outre le contrat. Le deuxième paragraphe énonce les mentions qui doivent figurer dans le contrat. Quant au dernier paragraphe, il exige de l'assureur qu'il délivre « au preneur d'assurance, au plus tard au moment de la conclusion du contrat, une copie des renseignements que ce dernier a communiqués par écrit au sujet du risque à couvrir ». On trouve des similitudes avec l'article 1341 du Code civil, mais, à la différence de cette disposition, l'article 10 de la loi sur le contrat d'assurance s'applique non seulement en matière civile, mais également en matière commerciale⁴⁶.

La dérogation que l'article 10 de la loi sur le contrat d'assurance apporte au principe de la liberté de la preuve est certaine. Il semble également admis que ces exigences ressortissent au formalisme probatoire⁴⁷. S'agissant du premier paragraphe de l'article 10, l'affirmation paraît difficilement contestable. En son alinéa 1^{er}, cette disposition énonce en effet que, « sous réserve de l'*aveu* et du *serment*, et quelle que soit la valeur des engagements, le contrat d'assurance ainsi que ses modifications se *prouvent* par écrit entre parties. Il n'est reçu *aucune preuve* par témoins ou par présomptions contre et outre le contenu de l'acte ». Les termes utilisés, que nous avons soulignés, font clairement référence à la preuve. Les autres alinéas confirment l'analyse : le second alinéa autorise la preuve par témoins ou par présomptions lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit et le troisième alinéa déclare l'article 1328 du Code civil inapplicable. On estime également que les mentions prescrites par l'article 10, § 2, de la loi sur le contrat d'assurance ressortissent au formalisme probatoire⁴⁸. D'ailleurs, c'est à ce niveau que la sanction intervient : seule la validité de l'*instrumentum* est affectée en cas de manquement à cette disposition. On peut certes le regretter et plaider, *de lege ferenda*, pour l'établissement de sanctions conformes aux objectifs poursuivis par cette disposition – protéger le preneur en garantissant un consentement éclairé et en lui permettant de disposer des informations utiles en cours

⁴² Elles peuvent résulter d'une disposition légale ou réglementaire spécifique ou d'un usage. Voy. J.-F. LECLERCQ, « Essai de solution d'une adaptation du régime des preuves en droit privé », in *Unité et diversité du droit privé*, Bruxelles, Éditions de l'ULB, 1983, pp. 347-348; X. DIEUX, « La preuve en droit commercial », *op. cit.*, p. 16; D. MOUGENOT, « La preuve », *op. cit.*, pp. 145-146, n° 57; P. WÉRY, D. GOBERT et L. KERZMANN, « La preuve », *op. cit.*, p. 31, n° 400; Cass., 29 mars 1976, *Pas.*, 1976, I, p. 833 (« attendu qu'un usage commercial en vertu duquel, lors d'opérations commerciales d'une nature, d'une importance et/ou d'une fréquence déterminées, [...], les réclamations contre les factures doivent être faites par écrit ou les réclamations verbales doivent à tout le moins être confirmées par écrit et en temps utile n'est pas contraire à l'article 25 du Code de commerce, plus spécialement à l'alinéa 2 de cet article, qui en effet ne dispose pas à quel moment une facture doit être considérée comme "acceptée" »).

⁴³ Pour d'autres exemples, voy. J.-F. LECLERCQ, « Essai de solution d'une adaptation du régime des preuves en droit privé », in *Unité et diversité du droit privé*, Bruxelles, Éditions de l'ULB, 1983, p. 344 et pp. 399-400; X. DIEUX, « La preuve en droit commercial », *op. cit.*, pp. 16-18; D. MOUGENOT, « La preuve », *op. cit.*, pp. 145-146, n° 57; P. WÉRY, D. GOBERT et L. KERZMANN, « La preuve », *op. cit.*, pp. 31-32, n° 410.

⁴⁴ M.B., 20 août 1992.

⁴⁵ Sur la preuve du contrat d'assurance, voy. de manière générale, H. JACQUEMIN, « Le formalisme du contrat d'assurance : sanctions et adaptation aux technologies de l'information », *R.G.A.R.*, 2006, n° 14091; G. JOCQUÉ, « Het bewijs van de contractvoorwaarden in verzekeringen », *Bull. ass.*, 2008, pp. 5 et s.; L. SCHUERMANS, *Grondslagen van het Belgisch Verzekeringsrecht*, 2^e éd., Anvers, Intersentia, 2008, pp. 273 et s.; N. SCHMITZ, « La charge et l'objet de la preuve en droit des assurances », note sous Liège, 10 juillet 2008, *J.L.M.B.*, 2010, pp. 1178-1179; M. FONTAINE, *Droit des assurances*, 4^e éd., Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 321 et s., n° 459 et s.; J.-L. FAGNART, *Traité pratique de droit commercial*, Tome 3 – *Droit privé des assurances terrestres*, Bruxelles, Kluwer, 2011,

pp. 332 et s., n° 668 et s.; Ph. COLLE, *Algemene beginselen van het Belgische verzekeringsrecht*, 5^e éd., Anvers, Intersentia, 2011, pp. 45 et s., n° 44 et s. Voy. aussi la contribution de B. FOSSÉPREZ et A. PÜTZ, dans le présent ouvrage.

⁴⁶ En jurisprudence, voy. par exemple Liège, 2 octobre 2006, *J.L.M.B.*, 2007, p. 437.

⁴⁷ Le contrat d'assurance est en effet de nature consensuelle : voy. M. FONTAINE, *op. cit.*, p. 130, n° 171; M.-A. CRIJNS, « La loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre. Philosophie générale et présentation des dispositions communes à tous les contrats », M. FONTAINE (dir.), *Droit des assurances*, Liège, Formation permanente CUP, 1996, p. 73, n° 127; L. KERZMANN, « Du neuf en matière de clauses et de pratiques abusives en assurances de personne. Commentaire des ordonnances ING, Fortis AG et DKV du 16 juin 2003 », *D.C.C.R.*, 2004, p. 42. En ce sens, voy. aussi Liège, 17 mars 2003, *Bull. ass.*, 2003, p. 560. Voy. aussi l'exposé des motifs du projet de loi sur le contrat d'assurance terrestre, *Doc. parl.*, Chambre, 1990-1991, n° 1586/1, pp. 20-21 : « l'écrit n'est [...] exigé que pour la preuve : le contrat d'assurance n'est pas un contrat solennel, il naît par le consentement des parties, mais celles-ci doivent avoir la possibilité de disposer d'un document écrit contenant leurs obligations réciproques ».

⁴⁸ En ce sens, B. DUBUISSON, « La norme impérative dans le droit du contrat d'assurance », in *Liber amicorum Hubert Claassens. Assurance : théorie et pratique*, Anvers, Maklu, 1998, pp. 134-135, n° 35; J.-M. TRIGAUX, « L'incidence de plusieurs législations récentes sur le droit commun des obligations en matière de formation des contrats », *Ann. dr.*, 1997, p. 210.

de contrat —, il n'en reste pas moins que, *de lege lata*, ce paragraphe reste une règle de preuve⁴⁹.

La question s'est posée de savoir si l'article 2044, alinéa 2, du Code civil, qui exige un écrit pour prouver le contrat de transaction⁵⁰, doit également être observé en matière commerciale, par dérogation à l'article 25 du Code de commerce. Sans être unanime, la doctrine s'est prononcée par la négative⁵¹ : même en matière de transaction, le principe de la liberté de la preuve reste de mise. Cette position a été confirmée par la Cour de cassation, dans un arrêt du 19 mars 2012⁵².

14. Dérogations au principe de la liberté de la preuve prescrites *ad validitatem*. Des dérogations sont également apportées au principe de la liberté de la preuve lorsque des formalités spécifiques sont imposées non seulement à des fins probatoires, mais aussi (et surtout) en vue d'atteindre d'autres objectifs. Ces exigences sont généralement prises en exemple pour illustrer une renaissance du formalisme contractuel en matière commerciale.

Dans la première moitié du XX^e siècle, pour illustrer ce phénomène de renaissance, la doctrine française insiste principalement sur le développement d'un formalisme souple en matière commerciale et financière et cite les textes légaux adoptés pour régir les chèques, les lettres de change ou les billets à ordre et

les titres au porteur⁵³. Des législations similaires ont été prises en Belgique⁵⁴. L'objectif est de faciliter les échanges par le recours à un document dont la forme est imposée avec précision. Dans ce cadre, le formalisme est un gage de commodité et de rapidité⁵⁵. On doit cependant observer que certains de ces instruments tombent progressivement en désuétude⁵⁶ ou ont fait l'objet de réformes substantielles⁵⁷.

Par la suite, la renaissance est soulignée par l'adoption de législations particulières, imposant des règles de forme pour protéger l'une des parties au rapport contractuel, jugée plus faible⁵⁸. Les législations concernées ressortissent princi-

⁴⁹ D'après nous, il n'est pas cohérent d'affirmer que, contrairement à l'écrit (article 10, § 1^{er}), les mentions (article 10, § 2) ne ressortiraient pas au formalisme probatoire et devraient dès lors être sanctionnées différemment. Des auteurs estiment pourtant que la sanction de l'inobservation des mentions prescrites par l'article 10, § 2, est la nullité prétorienne. Selon L. CORNELIS et R. GEELLEN, en raison du caractère impératif de la loi, l'absence des éléments essentiels du contrat est sanctionnée de nullité relative (L. CORNELIS et R. GEELLEN, « Toetsing aan het algemeen (verbintenissen) recht van de gemeenschappelijke bepalingen met betrekking tot de totstandkoming van de landverzekeringsovereenkomsten (art. 4-10 van de Wet van 25 juni 1992 op de landovereenkomst) », *R.D.C.*, 1994, p. 409, n° 41). De manière générale, ils considèrent que le problème tient au fait que le contenu de l'*instrumentum* correspond nécessairement à celui du *negotium* : l'absence d'un élément de l'*instrumentum* n'a pas seulement une incidence sur le plan probatoire, mais affecte également la validité du *negotium*. Pour une critique de cette position, voy. H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel. Mécanisme de protection de la partie faible*, op. cit., pp. 265 et s., n° 197.

⁵⁰ Doctrine et jurisprudence s'accordent en effet pour considérer qu'il s'agit d'une exigence probatoire : H. DE PAGE et R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, 2^e éd., t. V, 1975, p. 494, n° 498 ; J. SACE, obs. sous Mons, 19 mars 1980, *Rev. not. b.*, 1980, p. 265 ; D. DEVOS, « Chronique de jurisprudence. Les contrats (1980-1987) », *J.T.*, 1993, p. 94, n° 39 ; P.A. FORIERS, « La transaction », in *Les contrats spéciaux*, Liège, Formation permanente CUP, 1999, p. 121, n° 8 ; Cass., 25 avril 1844, *Pas.*, 1844, I, p. 152 ; Bruxelles, 8 mars 1916, *Pas.*, 1915-1916, II, p. 325 ; Bruxelles, 15 février 1963, *Pas.*, 1963, II, p. 270 ; Liège, 20 mars 1964, *J.L.*, 1964-1965, p. 73 ; Mons, 19 mars 1980, *Rev. not. b.*, 1980, p. 257, obs. J. SACE ; C. trav. Anvers, 18 sept. 1980, *R.W.*, 1980-1981, col. 1852, note C. PAULUS ; Bruxelles, 17 février 1987, *R.G.D.C.*, 1989, p. 140, note M. FLAMÉE ; Civ. Tongres, 10 juin 1994, *R.G.D.C.*, 1995, p. 412 ; Anvers, 7 février 1995, *A.J.T.*, 1995-1996, p. 325, note B. CATTOIR ; Liège, 25 novembre 1997, *R.G.D.C.*, 1999, p. 150.

⁵¹ B. CATTOIR, « De dading na schadegeval en het recht van het slachtoffer op bijkomende schadevergoeding », note sous Anvers, 7 février 1995, *A.J.T.*, 1995-1996, p. 328, note 9 ; P.A. FORIERS, « La transaction », in *Les contrats spéciaux*, Liège, Formation permanente CUP, 1999, p. 145, n° 24 ; *Contra* : H. DE PAGE et R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, 2^e éd., t. V, 1975, p. 497, n° 499 ; Gand, 9 décembre 1896, *B.J.*, 1898, col. 359 (« l'article 2044 du Code civil est applicable même en matière commerciale »).

⁵² Cass., 19 mars 2012, *Pas.*, 2012, p. 631.

⁵³ F. GÉNY, « La technique législative dans la codification civile moderne », in *Le Code civil (1804-1904). Livre du centenaire*, t. 2, Paris, Arthur Rousseau, 1904, p. 993 ; R. DEMOQUE, *Les notions fondamentales du droit privé*, Paris, Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence, 1911, pp. 111-112 ; Id., *Traité de droit des obligations en général*, I. Les sources, t. 1, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1923, pp. 315-316 ; P. MOENECLAËY, *De la renaissance du formalisme dans les contrats en droit civil et commercial français*, Paris, L.G.D.J., 1914, pp. 145 et s. ; G. RIPERT et J. BOULANGER, *Traité de droit civil*, t. II, Paris, L.G.D.J., 1957, pp. 20-21, n° 45 ; A. COLIN et H. CAPITANT, *Traité de droit civil*, (refondu par L. JULIOT DE LA MORANDIÈRE), t. 2, Paris, Dalloz, 1959, pp. 350-351, n° 623 ; J. FLOUR, « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme », in *Le droit privé français au milieu du XX^e siècle. Études offertes à Georges Ripert*, Paris, L.G.D.J., 1950, t. 1, pp. 97-98, n° 5 et pp. 100-101, n° 8-9 (où il se montre plus nuancé).

⁵⁴ Loi du 20 mai 1872 contenant le titre du Code de commerce relatif à la lettre de change et au billet à ordre, *M.B.*, 24 mai 1872, spéc. l'article 1^{er} (« la lettre de change ou mandat à ordre est datée. Elle énonce : la somme à payer ; le nom de celui qui doit payer ; l'époque et le lieu du paiement ; le nom de celui à l'ordre de qui la lettre est tirée, soit un tiers, soit le tireur lui-même. Si elle est par première, deuxième, troisième, quatrième, elle l'exprime ») ; loi du 20 juin 1873 sur les chèques et autres mandats de paiement et offres réelles, *M.B.*, 23 juin 1873, spéc. l'article 2 (« ces dispositions sont signées par le tireur et portent l'indication du lieu et du jour où elles sont faites »).

⁵⁵ P. MOENECLAËY, op. cit., pp. 148-149 : cet auteur estime qu'« il est possible d'expliquer facilement cette adoption du formalisme par le droit commercial : il suffit de remarquer que les relations du commerce ont un immense besoin de sécurité : aller vite mais avec sûreté, voilà ce que demande le commerçant ; or, le temps exigé pour écrire quelques mentions n'est pas bien long d'autant plus qu'elles peuvent la plupart du temps être inscrites sans déplacement au moment même où la convention est passée ; et l'utilité qu'on fait dépendre de cet écrit est immense ». En ce sens, voy. aussi J. FLOUR, « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme », op. cit., pp. 97-98, n° 5 et pp. 100-101, n° 8-9 ; J. GHESTIN, *Traité de droit civil. La formation du contrat*, op. cit., pp. 340-341, n° 379.

⁵⁶ S'agissant du chèque, il est indiqué, à l'occasion d'une question parlementaire posée au Sénat en 2002, que cet instrument ne représentait plus que 5 % des paiements scripturaux en 2000 (contre 8 % en 1997). Conformément aux statistiques de l'A.B.B., on constate également une diminution de 65 % des chèques interbancaires pour la période allant de janvier à octobre 2002. Ce phénomène s'explique notamment par « l'arrivée de l'euro qui a grandement facilité les paiements, mais aussi par la décision de la société Europay de supprimer la commercialisation du produit spécifique que constituait le chèque garanti. Un règlement propre à l'émission et au paiement de ces chèques en déterminait le cadre. En effet, le chèque n'est pas un instrument de paiement garanti en soi. Europay International a décidé de supprimer dans tous les pays son système de garantie à partir du 1^{er} janvier 2002 afin, entre autres, de favoriser le paiement électronique. Il s'agit dès lors d'une décision commerciale justifiée également par le fait que le chèque était de moins en moins utilisé. D'autres institutions offraient également des systèmes de garanties liés au chèque, comme La Poste par exemple. Cette dernière a décidé de supprimer cette garantie à partir du 1^{er} janvier 2003 » (Question n° 2518 de M. Steverlynck au ministre de la Justice du 12 novembre 2002, *Doc. parl.*, Sénat, 2002-2003, *Bull. Q.R.*, 2-69).

⁵⁷ Conformément à l'article 3, § 1^{er}, de la loi du 14 décembre 2005 portant suppression des titres au porteur (*M.B.*, 23 décembre 2005, *erratum*, *M.B.*, 6 février 2006), « à partir du 1^{er} janvier 2008, les titres ne peuvent être émis par l'émetteur que sous la forme nominative ou dématérialisée ». Des règles spécifiques sont prévues pour les titres au porteur émis avant le 1^{er} janvier 2008 (art. 5 et s.).

⁵⁸ Voy. les réf. citées par H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel. Mécanisme de protection de la partie faible*, op. cit., pp. 40-41, n° 17.

palement au droit du travail ou au droit de la consommation. Des législations peuvent ainsi avoir pour but de protéger les consommateurs et les professionnels destinataires de certains services, notamment en raison d'un manque de connaissance dont ils sont supposés souffrir, sur des éléments de fait ou de droit d'un rapport contractuel donné. Tel est le cas dans le secteur du voyage⁵⁹ ou pour les contrats conclus par voie électronique⁶⁰.

En outre, rien n'empêche que le cocontractant supposé en position de faiblesse que le législateur cherche à protéger soit uniquement un professionnel, en relation contractuelle avec un autre professionnel⁶¹. Tel est le cas, par exemple, dans la loi du 19 décembre 2005 relative à l'information précontractuelle dans le cadre des accords de partenariat commercial⁶²⁻⁶³ : le manquement à certaines obligations d'information (et aux formes corrélatives) des articles 3 et 4 de la loi peut ainsi être sanctionné de nullité⁶⁴.

⁵⁹ Voy. la loi du 16 février 1994 régissant le contrat d'organisation de voyages et le contrat d'intermédiaire de voyages (M.B., 1^{er} avril 1994) qui protège les « voyageurs », sans distinguer que ceux-ci soient des professionnels ou des consommateurs. Les travaux préparatoires de la loi sur le contrat de voyage énoncent ainsi qu'« on constate chaque année que le voyage n'a pas répondu aux attentes de bon nombre de voyageurs. Peu importe provisoirement que la déception du voyageur soit justifiée ou non. Même si elle résulte d'un événement consécutif à un manque d'information ou à une démarche erronée du voyageur, cette déception risque de faire l'objet d'une réclamation contre l'organisateur ou l'intermédiaire de voyage. [...] La présente proposition accorde une place importante à l'information. [...] Des règles ont dès lors été élaborées quant au contenu de l'information, à sa forme et au moment où elle doit être communiquée. Affirmer clairement que l'information revêt un caractère obligatoire dans un secteur où rêve et réalité se confondent, n'est pas sans importance si l'on veut éviter que le voyageur n'attende monts et merveilles de son voyage » (*Doc. parl.*, Sénat, sess. extraord. 1991-1992, n° 488/1, p. 2). En ce sens, voy. aussi F. DOMONT-NAERT, « Obligation d'information et de conseil des agents de voyage et publicité : du rêve à la réalité », H. DE CONINCK, G. STRAETMANS et J. STUYCK (éd.), *Nouvelle loi belge sur les voyages (loi du 16 février 1994). Rapports actualisés et annexes complémentaires de la journée d'étude du 28 avril 1994*, Commission de Litiges Voyages ASBL, 1994, pp. 31-32.

⁶⁰ Voy. la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information (M.B., 17 mars 2003) qui exige du prestataire qu'il fournisse diverses informations au destinataire de service, consommateur ou professionnel. On note cependant que « les parties qui ne sont pas des consommateurs peuvent déroger conventionnellement aux dispositions de l'article 7, § 1^{er}, 8°, ainsi que des articles 8, § 1^{er}, 9 et 10 » (art. 11, al. 1^{er}, de la loi), ce qui tend à réduire le niveau de protection au bénéfice des professionnels.

⁶¹ De manière générale, voy. B. DUBUISSON et G. TOSSENS, « Les relations entre professionnels en droit belge », J. GHESTIN et M. FONTAINE (sous la direction de), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons franco-belges*, Paris, L.G.D.J., 1996, pp. 430 et s., n°s 3 et s., qui analysent les disparités de compétences dans les relations entre professionnels.

⁶² M.B., 18 janvier 2006.

⁶³ Voy. le résumé et le commentaire article par article, *Doc. parl.*, Chambre, 2004-2005, n° 1687/001, pp. 3 et 8. Voy. aussi P. KILESTE et A. SOMERS, « L'information précontractuelle dans le cadre des accords de partenariat commercial », *J.T.*, 2006, p. 257, n° 41; A. MOTTET HAUGAARD et M. VERHULST, « La nouvelle loi relative à l'information précontractuelle dans le cadre des accords de partenariat commercial », *D.A.-O.R.*, 2006, p. 104; A. DE SCHOUTHEETE et A. MEULDERS, « Devoir d'information et responsabilité précontractuelle en matière de franchise : quelques réflexions », *R.D.C.*, 2007, p. 958, n° 7.

⁶⁴ Voy. l'art. 5 de la loi.

Section 2

Panorama des modes de preuve du droit commercial

15. Modes de preuve du droit civil et/ou spécifiques à la matière commerciale? Par application du principe de la liberté de la preuve, les parties peuvent se fonder sur des témoignages ou des présomptions en vue de prouver un acte juridique (article 25, alinéa 1^{er}, du Code de commerce). Ils peuvent aussi se prévaloir des autres modes de preuve réglementés en droit civil et dont la force (ou la valeur probante) est précisément établie par les dispositions légales ou réglementaires applicables. On songe évidemment à l'écrit (acte authentique ou acte sous seing privé), mais également à l'aveu et au serment. Dans un premier temps, il convient de revenir brièvement sur ces modes de preuves, régis par le droit civil, mais utilisés, en l'occurrence, en matière commerciale (§ 1).

Il existe également des modes de preuve spécifiques au droit commercial – la preuve par la comptabilité commerciale et par la facture acceptée – que nous examinons dans un second temps (§ 2).

§ 1. Modes de preuve du droit civil, utilisés en matière commerciale

16. Preuve par témoignages ou présomptions. Si les témoignages et les présomptions peuvent être admis par le juge (qui exerce sur ce point son pouvoir souverain d'appréciation), il faut se rappeler qu'ils n'ont aucune force probante particulière.

Aussi appartient-il au juge de déterminer la valeur probante qu'il entend accorder aux témoignages, en exerçant, une fois encore, un pouvoir souverain d'appréciation⁶⁵. Sous réserve d'une interprétation inconciliable avec les termes des témoignages, il peut en effet « apprécier la valeur des témoignages, quel que soit leur nombre, la qualité des témoins entendus, et il peut donc se déclarer convaincu par la déposition d'un seul témoin même si elle est contredite par plusieurs autres »⁶⁶. L'adage *testis unus, testis nullus* n'est plus d'application⁶⁷. Les témoignages peuvent donc être contestés par les autres parties, qui peuvent apporter d'autres moyens de preuve, et le juge est libre de choisir le mode de preuve qui lui semble le plus convaincant.

Quant aux présomptions, elles sont, aux termes de l'article 1353 du Code civil, « abandonnées aux lumières et à la prudence du magistrat, qui ne doit admettre

⁶⁵ H. DE PAGE, *op. cit.*, t. III, p. 881, n° 854; N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, p. 402, n° 946; D. MOUGENOT, « La preuve », *op. cit.*, p. 312, n° 225; Cass., 1^{er} février 1990, *Pas.*, 1990, I, p. 643; Cass., 9 janvier 1996, *J.T.*, 1996, p. 528; Liège, 12 mai 1997, *J.L.M.B.*, 1998, p. 391.

⁶⁶ N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, p. 402, n° 946.

⁶⁷ Voy. par exemple Liège, 12 mai 1997, *J.L.M.B.*, 1998, p. 391 (somm.) : « n'étant pas lié par le nombre de témoins déposant dans tel sens par rapport au nombre de ceux déposant en sens contraire, le juge peut former sa conviction sur la déposition d'un seul témoin ».

que des présomptions graves, précises et concordantes ». Le juge dispose là aussi d'un pouvoir souverain d'appréciation⁶⁸. En pratique, on peut d'ailleurs s'attendre à ce que le juge leur accorde une valeur probante supérieure à celle des témoignages.

17. Preuve par aveu ou serment. La preuve de l'acte juridique peut se faire par aveu ou serment. Sur ce point, les règles sont les mêmes en matière civile et en matière commerciale.

L'aveu et le serment sont recevables en toute hypothèse⁶⁹. La force probante de l'aveu est particulièrement élevée, en quelque sorte absolue⁷⁰. En vertu de l'article 1356 du Code civil, l'aveu judiciaire fait pleine foi contre celui qui l'a fait, est indivisible et irrévocable. L'aveu extrajudiciaire a les mêmes effets, si ce n'est que le juge « doit vérifier si la déclaration n'a pas été obtenue par surprise, si elle a été volontaire, si son contenu est suffisamment explicite, en d'autres termes si la reconnaissance revêt tous les caractères d'un aveu »⁷¹. La force probante du serment est également très élevée : le juge doit en effet statuer dans le sens de celui-ci⁷².

L'aveu peut être écrit ou oral. Il est généralement exprès, mais on admet qu'il soit tacite et résulte du comportement de la partie à laquelle on l'oppose. L'exécution spontanée de ses obligations par le débiteur constitue un exemple d'aveu tacite⁷³. On parle dans ce cas d'aveu en action⁷⁴.

18. Preuve par écrit. Nonobstant la possibilité qui leur est donnée de prouver leur engagement par présomption ou par témoignages, il n'est pas rare que,

même en matière commerciale, les parties prennent la peine de préconstituer un écrit.

On le comprend sans peine, notamment lorsque la matière est assez technique ou que les enjeux sont financièrement ou stratégiquement importants. L'écrit permet, en effet, d'atteindre un niveau de sécurité juridique très élevé et, par tant, d'éviter les contestations en cas de litige survenant en cours d'exécution du contrat. Comme on l'a vu, même si des témoignages ou des présomptions pourraient théoriquement être pris en considération par le juge pour prouver contre ou outre un écrit, il reste hautement probable qu'en pratique, il décide de donner foi à l'écrit et d'écarter les autres modes de preuve qui lui sont présentés.

En lien avec l'écrit (plus précisément l'acte sous seing privé) se pose la question de savoir si les exigences complémentaires auxquelles il est soumis en matière civile doivent également être observées en matière commerciale.

En matière civile, pour être recevable et bénéficier de la force probante de l'article 1322 du Code civil, l'écrit doit être signé. Le cas échéant, la formalité du « double » (article 1325 du Code civil) ou du « bon pour » (article 1326 du Code civil) doit également être observée. À défaut, la sanction consiste généralement en la nullité de l'*instrumentum*. À nos yeux, cette mesure ne désigne pas adéquatement la sanction de l'inobservation des formes. Dès lors que l'*instrumentum* produit toujours certains effets, qui peuvent être exploités utilement en matière probatoire, il nous semble plus indiqué de parler de conversion⁷⁵. Par application des règles propres à la théorie des nullités, il faut en principe considérer que la nullité qui frappe l'*instrumentum* irrégulier opère de manière rétroactive, *ex tunc*. Lorsque la nullité est prononcée, celui-ci ne peut donc produire aucun effet pour l'avenir. Pourtant, lorsque les formalités prescrites n'ont pas été observées, des effets sont reconnus à l'*instrumentum* irrégulier : on estime, en effet, que l'écrit, nul en tant qu'acte sous seing privé, peut valoir comme commencement de preuve par écrit (si les conditions de l'article 1347 du Code civil sont réunies)⁷⁶ ou constituer, au moins, une présomption. Ce faisant, on le convertit en commencement de preuve par écrit ou en présomption.

Ce raisonnement peut également s'appliquer en matière commerciale, à tout le moins pour la formalité de la signature. Si l'écrit n'est pas signé, il ne peut

⁶⁸ Cass., 5 février 1963, *Pas.*, 1963, I, p. 641.

⁶⁹ Pour l'aveu, voy. H. DE PAGE, *op. cit.*, t. III, pp. 1079-1080, n° 1015; N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, p. 329, n° 741; D. MOUGENOT, « La preuve », *op. cit.*, pp. 364-365, n° 278; L. KERZMANN, « Le point sur l'aveu en matière civile », in *La preuve. Questions spéciales*, Formation permanente CUP, vol. 99, Liège, Anthémis, 2008, pp. 166 et s. Pour le serment, voy. l'art. 1358, C. civ. (« [...] quelque espèce de contestation que ce soit ») ou l'art. 1360 C. civ. (« [...] en tout état de cause [...] »). Sur ce point, N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, p. 340, n° 772; D. MOUGENOT, « La preuve », *op. cit.*, p. 380, n° 301.

⁷⁰ Sur la force probante de l'aveu, H. DE PAGE, *op. cit.*, t. III, pp. 1084-1085, n° 1016; P. VAN OMMESSLAGHE, « Évolution récente de la jurisprudence et de la doctrine en matière d'aveu », *La preuve*, Actes du colloque organisé les 12 et 13 mars 1987 à l'UCL, p. 18; N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, p. 340, n° 772; D. MOUGENOT, « La preuve », *op. cit.*, p. 369, n° 288; L. KERZMANN, « Le point sur l'aveu en matière civile », *op. cit.*, pp. 171 et s.

⁷¹ N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, p. 337, n° 767; H. DE PAGE, *op. cit.*, p. 1087, n° 1024; P. VAN OMMESSLAGHE, « Évolution récente de la jurisprudence et de la doctrine en matière d'aveu », *op. cit.*, p. 15; D. MOUGENOT, « La preuve », *op. cit.*, p. 340, n° 288; Cass., 18 avril 1985, *J.T.*, 1985, p. 421 (« la Cour d'appel a pu légalement décider que les "aveux" obtenus au moyen d'éléments de preuve illicitement recueillis ne pouvaient être retenus contre les défendeurs »).

⁷² Voy. l'art. 1363, C. civ. : « lorsque le serment déféré ou référé a été fait, l'adversaire n'est point recevable à en prouver la fausseté ». Sur ce point, H. DE PAGE, *op. cit.*, t. III, p. 1135, n° 1060; N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, pp. 384-385, n° 897; D. MOUGENOT, « La preuve », *op. cit.*, pp. 381-382, n° 303.

⁷³ N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, p. 314, n° 707; D. MOUGENOT, « La preuve », *op. cit.*, p. 360, n° 271.

⁷⁴ D. MOUGENOT, « La preuve », *op. cit.*, p. 360, n° 271.

⁷⁵ H. JACQUEMIN, « La nullité comme sanction de l'inobservation du formalisme contractuel », *La nullité des contrats*, Formation permanente CUP, vol. 88, Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 136-137, n° 37.

⁷⁶ Pour justifier le commencement de preuve par écrit, H. De Page estime que « l'acte est nul comme acte, c'est-à-dire comme preuve complète. Mais on ne peut en déduire qu'il ne puisse valoir comme commencement de preuve. Le commencement de preuve ne constitue pas une preuve complète, comme on est tenté de le croire en pratique, dans notre cas. Il ne fait que donner ouverture à la preuve elle-même » (H. DE PAGE, *op. cit.*, t. III, p. 832, n° 805, note 1. Voy. aussi J. LIMPENS et R. KRUITHOF, « Examen de jurisprudence (1960-1963). Les Obligations », *R.C.J.B.*, 1964, p. 542, n° 146, qui considèrent que « l'acte est nul en tant que preuve littérale complète »).

être qualifié d'acte sous seing privé et constitue une simple présomption : il est néanmoins recevable si le juge croit devoir l'admettre et bénéficie de la valeur probante qu'il décidera de lui attribuer. Le juge devra user de son pouvoir souverain d'appréciation, mais on peut gager que si les fonctions reconnues par ailleurs à la signature sont remplies – authentifier l'identité du signataire et marquer son adhésion au contenu de l'acte –, le document présenté devrait logiquement emporter la conviction du juge. Tel pourrait être le cas en présence d'une griffe ou d'un cachet, ou s'il s'agit d'une copie.

On admet généralement que la formalité du « double » ne vise que la preuve, en matière civile⁷⁷ et par acte sous seing privé, des contrats synallagmatiques. Elle ne devrait donc pas être observée à l'égard de la personne dans le chef de laquelle l'acte est de nature commerciale. Dès lors que l'hypothèse est exclue de son champ d'application, il n'y a pas lieu de convertir l'acte sous seing privé en présomption : l'écrit est régulier, mais, comme pour tout autre écrit en matière commerciale, sa force probante est amoindrie (*supra*, n° 6). Eu égard aux fonctions attachées à la formalité (garantir la transmission de l'information, tout en renforçant la pérennité et l'intégrité du contenu), il est hautement probable que la partie munie d'un écrit conforme aux exigences de l'article 1325 emportera plus facilement la conviction du juge.

Aux termes de l'article 1326, alinéa 2, du Code civil, la formalité du « bon pour » n'est pas requise lorsque « l'acte émane de marchands, artisans, laboureurs, vigneron, gens de journée et de service » (article 1326, alinéa 2, du Code civil). L'exclusion des marchands s'explique par la nature des relations commerciales, qui requièrent davantage de simplicité et de rapidité (et donc moins de formalisme), et par la moindre protection dont ils devraient bénéficier, compte tenu de leur vigilance accrue par rapport aux débiteurs ordinaires⁷⁸. Cette exception reçoit une interprétation plus ou moins extensive selon le point de vue adopté. Il faut, en effet, déterminer à qui l'on octroie la qualification de marchand et si l'on vise tous les actes accomplis par celui-ci ou uniquement les actes commerciaux. S'agissant du premier point, il y a unanimité à considérer la notion de manière large : elle comprend les commerçants, les restaurateurs

ou les hôteliers⁷⁹. Quant au second point, certains considèrent que l'exclusion couvre les actes de nature civile et ceux de nature commerciale : ils se fondent donc uniquement sur la qualité de la personne⁸⁰. Conformément à l'objectif de protection moindre qui leur est accordée compte tenu de leur meilleure connaissance des règles et des risques de ce type d'actes juridiques, cette position se comprend : on ne voit pas pourquoi le commerçant perdrait subitement ses connaissances lorsqu'il accomplit des actes de nature civile. Cependant, ce raisonnement part du postulat que les commerçants ont effectivement une meilleure connaissance des règles et pratiques en vigueur, ce qui n'est pas forcément le cas. S'ils maîtrisent vraisemblablement les principes relatifs à leur profession, il n'en va peut-être pas de même des engagements soumis à l'article 1326 du Code civil qu'ils pourraient souscrire et qui sortent peut-être de leur domaine d'activité. Il nous semble donc plus prudent de réserver cette exclusion du champ d'application aux actes de nature commerciale⁸¹. D'ailleurs, si l'on se fonde sur les objectifs du législateur – simplicité et célérité –, il faut plutôt se baser sur la nature de l'acte⁸². Il est vrai que l'article 1326, alinéa 2, ne distingue pas selon la nature de l'acte et ne vise que l'acte qui émane de marchands. Mais on peut l'interpréter de telle façon qu'il s'agisse des actes des marchands agissant dans le cadre de leur activité commerciale. Cette solution présente également l'avantage d'être cohérente par rapport au champ d'application de l'article 1341 du Code civil (inapplicable aux actes commerciaux). On note que la charge de la preuve de la qualité de marchand justifiant, au moment de la rédaction de l'acte, l'exclusion du champ d'application de l'article 1326 du Code civil repose sur celui qui invoque l'exception⁸³.

⁷⁹ J.-F. LECLERCQ, « Essai de solution d'une adaptation du régime des preuves en droit privé », *Unité et diversité du droit privé*, Bruxelles, Éditions de l'ULB, 1983, pp. 386-387; N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, p. 265, n° 562.

⁸⁰ J. LIMPENS et R. KRUIJTHOF, « Examen de jurisprudence (1960-1963). Les Obligations », *R.C.J.B.*, 1964, p. 542, n° 146; H. DE PAGE, *op. cit.*, t. III, p. 843, n° 816; J.-F. LECLERCQ, « Essai de solution d'une adaptation du régime des preuves en droit privé », *Unité et diversité du droit privé*, Bruxelles, Éditions de l'ULB, 1983, p. 386; A. VAN OEVELEN et E. DIRIX, « Kroniek van het verbintenissenrecht (1981-1984) », *R.W.*, 1985-1986, col. 174; N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, p. 265, n° 562; A. DÉOME et O. POELMANS, « Le cautionnement et la formalité du "bon pour" », note sous C.S.J. Luxembourg, 20 juin 2002, *D.A.-O.R.*, 2004, pp. 51-52. En jurisprudence, voy. Bruxelles, 10 janvier 1961, *Pas.*, 1962, II, p. 24 (l'article 1326, alinéa 2, parle des actes des marchands, sans distinguer s'ils ont un caractère commercial); Comm. Liège, 10 novembre 1983, *R.D.C.*, 1985, p. 118. En France, P. LE TOURNEAU, « Contre le "Bon pour" », *D.*, 1975, chron., XXXII, p. 189.

⁸¹ En ce sens, Bruxelles, 17 octobre 1960, *R.W.*, 1960-1961, col. 944 (« *overwegende dat lid 2 van artikel 1326 een beperkende opsomming bevat voor wat de kooplieden betreft, naar de reden van de uitzondering de vlugheid is in de handelsverrichtingen* »); Bruxelles, 14 décembre 2000, *J.T.*, 2002, p. 93 (somm. : la règle de l'article 1326 ne s'applique au cautionnement que si celui-ci a un caractère civil).

⁸² En ce sens, X. DIEUX, « La preuve en droit commercial », *op. cit.*, pp. 12-13; D. MOUGENOT, « La preuve : évolution et révolution », P. WÉRY (sous la direction de), *Le droit des obligations conventionnelles et le bicentenaire du Code civil*, Bruxelles, la Charte, 2004, pp. 182-183, n° 94.

⁸³ N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, p. 266, n° 562.

⁷⁷ Elle ne s'applique pas aux obligations commerciales ou, de manière générale, lorsque la preuve est libre (H. DE PAGE, *op. cit.*, t. III, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1967, pp. 826-827, n° 804; A. VAN OEVELEN et E. DIRIX, « Kroniek van het verbintenissenrecht (1981-1984) », *R.W.*, 1985-1986, col. 174; X. DIEUX, « La preuve en droit commercial », *op. cit.*, p. 11; N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, pp. 248-249, n° 523; D. MOUGENOT, « La preuve », *op. cit.*, pp. 233-234, n° 130; Cass., 20 janvier 1984, *Pas.*, 1984, I, p. 552; Gand, 23 février 2005, *T.G.R.*, 2005, p. 96). H. De Page estime cependant, de manière surprenante, que, même en matière commerciale, si les parties décident de rédiger un écrit, elles doivent respecter le prescrit de l'article 1325 (H. DE PAGE, *op. cit.*, t. III, p. 827, n° 804; *Contra*, P. VAN OMMESSLAGHE, « Examen de jurisprudence (1974 à 1982) – Les obligations », *op. cit.*, p. 166, n° 244; X. DIEUX, « La preuve en droit commercial », in *La preuve*, *op. cit.*, p. 11).

⁷⁸ H. DE PAGE, *op. cit.*, t. III, p. 842, n° 816; N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, pp. 264-265, n° 560.

§ 2. Modes de preuve spécifiques au droit commercial

19. Deux écrits propres au droit commercial. Il est un principe selon lequel personne, pas même un commerçant, ne peut se créer un titre pour lui-même (article 1331 du Code civil). Le Code de commerce fait exception à cette règle dans la mesure où il donne au juge la possibilité d'admettre la comptabilité tenue régulièrement et la facture acceptée comme moyens de preuve alors qu'aucune d'elles ne devrait, en tant que telle, créer des obligations⁸⁴.

Ces deux écrits, propres au droit commercial, constituent ainsi des moyens de preuve spécifiques, à côté des modes de preuve réglementés par le Code civil⁸⁵. Des conditions entourent néanmoins leur recevabilité et la force probante qui peut leur être accordée.

A. Comptabilité commerciale

20. Obligation de tenir une comptabilité commerciale. Conformément à l'article 2 de la loi du 17 juillet 1975 relative à la comptabilité des entreprises⁸⁶, « toute entreprise doit tenir une comptabilité appropriée à la nature et à l'étendue de ses activités en se conformant aux dispositions légales particulières qui les concernent »⁸⁷. Dans la mesure où cette comptabilité est soumise à des règles bien précises, elle pourra s'avérer utile à l'heure de prouver les actes juridiques accomplis par l'entreprise⁸⁸.

Pour connaître les hypothèses dans lesquelles la comptabilité peut être recevable, il faut distinguer selon que celle-ci est invoquée *contre* celui qui l'a tenue ou *par* celui qui l'a tenue⁸⁹. D'emblée, précisons toutefois que le juge dispose d'un pouvoir discrétionnaire concernant l'admissibilité des livres de commerce⁹⁰.

21. Comptabilité invoquée contre celui qui l'a tenue. Dans ce cas, l'article 1330 du Code civil dispose que « les livres des marchands font foi

contre eux »⁹¹. Ceux-ci sont assimilés à un aveu extrajudiciaire⁹². Les règles qui le régissent sont donc d'application, et notamment le principe de l'indivisibilité (article 1330, *in fine*, du Code civil). Ainsi, la personne qui se prévaut de la comptabilité d'un commerçant pour faire preuve à son encontre ne pourra en principe pas diviser cette comptabilité en écartant ce qu'elle contient de contraire à sa prétention. La Cour de cassation a toutefois admis qu'une telle division puisse s'opérer en présence d'une comptabilité irrégulière⁹³.

22. Comptabilité invoquée par celui qui l'a tenue. Si un commerçant invoque ses propres livres *contre un autre commerçant*, ceux-ci sont en principe recevables à titre de preuve (article 20, Code de commerce), pour autant que la comptabilité soit régulièrement tenue⁹⁴. Si tel n'est pas le cas, les livres demeurent recevables, mais au titre de présomption. On voit que l'irrégularité du mode de preuve est sanctionnée par une conversion de celui-ci, avec les conséquences qui s'ensuivent sur le plan de la recevabilité et de la valeur probante. Théoriquement, les effets sont limités en matière commerciale, puisque la preuve est libre. On notera néanmoins que, dans la mesure où le juge apprécie souverainement l'admissibilité et la valeur probante des écrits qui lui sont présentés, il est fort probable qu'à tout le moins, il accordera une valeur probante relativement faible à cette comptabilité irrégulière.

Par contre, s'il s'agit de prouver *contre un non-commerçant*, les livres ne peuvent être invoqués contre lui, à moins qu'il ne s'agisse de fournitures faites à ce dernier et que le serment supplétoire soit déféré (article 1329 du Code civil)⁹⁵. Régulièrement tenue, la comptabilité peut constituer un commencement de preuve qui autorise le juge à déférer d'office le serment (article 1367, alinéa 1^{er}, 2^o, du Code civil). On notera néanmoins qu'à l'instar des autres règles de preuve édictées par le Code civil, l'article 1329 n'est pas d'ordre public⁹⁶ : si le défendeur non commerçant ne s'y oppose pas, les livres de commerce sont donc recevables.

⁸⁴ Gand, 8 novembre 2011, D.A.-O.R., 2012, p. 243.

⁸⁵ À savoir : l'écrit, le témoignage, les présomptions, l'aveu et le serment – Articles 1316 à 1369 du Code civil. Ceux-ci demeurent d'ailleurs pleinement applicables, pour prouver les engagements commerciaux, nonobstant l'existence éventuelle d'une facture acceptée, par exemple : voy. Gand, 14 avril 2010, R.W., 2012-2013 (abrégé), p. 199; Anvers, 14 janvier 2009, Limb. Rechtsl., 2009, p. 183.

⁸⁶ M.B., 4 septembre 1975.

⁸⁷ Les obligations comptables actuellement reprises dans la loi du 17 juillet 1975 relative à la comptabilité des entreprises devraient prochainement être intégrées au Code de droit économique. Voy. le projet de loi du 8 avril 2013 portant insertion du Livre III « Liberté d'établissement, de prestation de services et obligations générales des entreprises » dans le Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au Livre III et des dispositions d'application de la loi propres au Livre III dans les livres I et XV du Code droit économique (Doc. parl., Chambre, 2012-2013, n° 2741/001).

⁸⁸ N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, p. 298, n° 649; D. MOUGENOT, « La preuve », *op. cit.*, pp. 292-293, n° 203.

⁸⁹ Sur ces deux hypothèses, voy. D. MOUGENOT, « La preuve », *op. cit.*, pp. 294-296, n° 206-207.

⁹⁰ N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, p. 298, n° 650; D. MOUGENOT, « La preuve », *op. cit.*, pp. 294-296, n° 206-207; P. WÉRY, D. GOBERT et L. KERZMANN, « La preuve », *op. cit.*, p. 37, n° 520; Cass., 20 octobre 1887, *Pas.*, 1887, I, p. 370.

⁹¹ Voy. aussi l'article 20, C. comm., qui stipule que « la comptabilité régulièrement tenue peut être admise par le juge pour faire preuve entre commerçants pour faits de commerce ».

⁹² H. DE PAGE, *op. cit.*, t. III, p. 850, n° 826; X. DIEUX, « La preuve en droit commercial », *op. cit.*, p. 23; N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, p. 299, n° 652; D. MOUGENOT, « La preuve », *op. cit.*, pp. 293-294, n° 205; P. WÉRY, D. GOBERT et L. KERZMANN, « La preuve », *op. cit.*, p. 37, n° 530.

⁹³ Cass., 29 janvier 1957, *Pas.*, 1957, I, p. 631.

⁹⁴ N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, p. 299, n° 654; D. MOUGENOT, « La preuve », *op. cit.*, pp. 295-296, n° 207.

⁹⁵ N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, pp. 299-300, n° 655-657; D. MOUGENOT, « La preuve », *op. cit.*, pp. 295-296, n° 207; Cass., 10 octobre 1929, *Pas.*, 1929, I, p. 321; Bruxelles, 22 juin 1963, *Pas.*, 1964, II, p. 118; Cass., 30 octobre 1969, *Pas.*, 1970, I, p. 186.

⁹⁶ N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, p. 300, n° 657; P. WÉRY, D. GOBERT et L. KERZMANN, « La preuve », *op. cit.*, p. 38, n° 540; Cass., 13 novembre 1964, *Pas.*, 1965, I, p. 263 (le non-commerçant peut ne pas s'opposer à ce que la comptabilité fasse preuve contre lui); Cass., 30 octobre 1969, *Pas.*, 1970, I, p. 186.

23. Force probante des livres de commerce. S'agissant de la force probante des livres de commerce, les auteurs enseignent qu'elle n'est jamais absolue⁹⁷. Elle pourra notamment être combattue par le commerçant qui démontre avoir commis une erreur de fait dans l'établissement de sa comptabilité⁹⁸ ou qui établit avoir été victime d'un dol à cet égard⁹⁹. De même, des mentions contraires dans une même comptabilité s'annulent et il y a dès lors lieu de recourir à d'autres moyens de preuve¹⁰⁰.

Si la comptabilité est irrégulière, elle pourra être admise par le juge à titre de « preuve complémentaire »¹⁰¹. À notre estime, la comptabilité irrégulière ne vaut alors que comme présomption. En pratique, la valeur probante que le juge accordera aux présomptions sera normalement inférieure à celle qu'il pourrait attribuer à une comptabilité régulière.

La régularité de la comptabilité sera présumée, si aucun élément ne permet de mettre en doute que les livres de commerce ont été tenus régulièrement¹⁰².

24. Production en justice des livres de commerce. Deux modes de production judiciaire des livres de commerce sont légalement prévus par les articles 21 et 22 du Code de commerce : la représentation et la communication. Dans les deux cas de figure, cette production ne peut avoir lieu qu'en vertu d'un jugement rendu à cet effet.

Dans l'hypothèse de la représentation, seuls les passages de la comptabilité nécessaires à la résolution du litige sont produits. Le cas échéant, il conviendra que le juge détermine, seul ou avec l'aide d'un expert, les passages de cette comptabilité qui intéressent le différend¹⁰³.

Dans le cadre d'une communication, au contraire, le tribunal permet à une partie de prendre connaissance de l'ensemble de la comptabilité de la partie adverse. Afin d'éviter un accès abusif aux secrets d'affaires¹⁰⁴, ce mode de production ne peut être ordonné que dans les matières limitativement énumérées à l'article 21 du Code de commerce (successions, communauté, partage des sociétés et faillites).

⁹⁷ H. DE PAGE, *op. cit.*, t. III, pp. 848-849, n° 824; N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, p. 300, n° 658; D. MOUGENOT, « La preuve », *op. cit.*, pp. 293-294, n° 205. Voy. également en ce sens, Comm. Mons, 4 janvier 2007, D.A.-O.R., 2007, p. 258, note G. BALLON.

⁹⁸ Liège, 3 janvier 2013, 2011/RG/1721, inédit, disponible sur www.juridat.be.

⁹⁹ Gand, 4 avril 2001, R.D.C., 2002, p. 124.

¹⁰⁰ Comm. Hasselt, 11 juin 2001, R.D.C., 2002, p. 152.

¹⁰¹ Comm. Hasselt, 11 juin 2001, précité.

¹⁰² G. BALLON, « Over de bewijskracht van de boekhouding », note sous Cass., 8 janvier 2010, R.G.D.C., 2011, p. 475.

¹⁰³ N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, p. 301.

¹⁰⁴ Y. DE CORDT, C. DELFORGE, T. LÉONARD, Y. POULLET et H. JACQUEMIN, *Manuel de droit commercial*, Limal, Anthemis, 2011, p. 71.

B. Facture acceptée

25. Force probante de la facture acceptée. En vertu de l'article 25, alinéa 2, du Code de commerce, « les achats et les ventes pourront se prouver au moyen d'une facture acceptée, sans préjudice des autres modes de preuve admis par la loi commerciale ».

Pour les hypothèses qui entrent dans son domaine d'application (*infra*, n° 26) et pour autant que diverses conditions soient réunies (*infra*, n° 27), cette disposition donne une force probante élevée à la facture (*infra*, n° 28)¹⁰⁵.

26. Domaine d'application de l'article 25, alinéa 2, du Code de commerce. Il importe de circonscrire précisément le domaine d'application de l'article 25, alinéa 2, du Code de commerce.

Ratione materiae, cette disposition s'applique uniquement aux achats et aux ventes. Il en résulte que, pour les contrats ayant pour objet d'autres opérations commerciales, telles que des prestations de services, les factures acceptées ne jouissent d'aucune force probante particulière¹⁰⁶. Dans ce cas, elles constituent de simples présomptions et il appartient au juge d'apprécier leur valeur probante dans les conditions de l'article 1353 du Code civil, comme il le ferait de tout autre présomption¹⁰⁷. À la lumière des éléments qui lui sont soumis, le juge pourrait donc décider que la facture acceptée d'un contrat d'entreprise emporte sa conviction et prouve à suffisance le contrat et son contenu.

En outre, la force probante de la facture tirée de l'article 25, alinéa 2, du Code de commerce ne peut bénéficier qu'à l'émetteur de la facture vis-à-vis de son destinataire¹⁰⁸. Il est également requis que l'acte soit de nature commerciale dans le chef de la personne contre laquelle la facture est invoquée¹⁰⁹ (autrement dit, son destinataire). À l'égard d'une personne dans le chef de laquelle l'acte est de

¹⁰⁵ Sur ces questions, voy. E. DIRIX, « La force probante de la facture », in *La facture et autres documents équivalents*, Waterloo, Kluwer, 2011, pp. 111 et s., n° 212 et s.; D. MOUGENOT, « Le point sur l'acceptation de la facture en matière commerciale », *J.T.*, 2010, pp. 2-5; P. WÉRY, D. GOBERT et L. KERZMANN, « La preuve », *op. cit.*, pp. 39-41, n° 560 et s.

¹⁰⁶ Les termes de l'article 25, alinéa 2, du Code de commerce sont parfaitement clairs et n'autorisent *a priori* aucune interprétation permettant d'étendre le champ d'application de cette disposition. D'aucuns estiment cependant que le régime est applicable, par analogie, à d'autres opérations commerciales (en ce sens, E. DIRIX, « La force probante de la facture », in *La facture et autres documents équivalents*, Waterloo, Kluwer, 2011, pp. 137-138, n° 244, et les réf. citées).

¹⁰⁷ Liège, 5 mars 2012, *Ius & Actores*, 2012, p. 151, note G. DE LEVAL; Comm. Bruxelles, 29 juin 2009, R.W., 2009-2010, p. 1651; Bruxelles, 25 janvier 2008, R.A.B.G., 2008, p. 936; Cass., 24 janvier 2008, *Pas.*, 2008, p. 234; Cass., 27 janvier 2000, *Pas.*, 2000, p. 222.

¹⁰⁸ Contre l'expéditeur, elle vaut comme présomption ou comme aveu, voire encore comme écrit si elle est revêtue d'une signature (D. MOUGENOT, « La preuve », *op. cit.*, n° 209).

¹⁰⁹ De manière générale, la doctrine et la jurisprudence exigent que le destinataire de la facture soit un commerçant, sans faire référence à la nature de l'acte. Par souci de cohérence avec le domaine d'application attribué à l'article 25, alinéa 1^{er}, du Code de commerce, il nous paraît préférable d'utiliser le critère de la nature de l'acte (plutôt que celui de la qualité des parties). Jugeant que l'article 25, alinéa 2, ne vaut qu'entre commerçants, voy. Anvers, 29 juin 2009, *Limb. Rechtsl.*, 2010, p. 25.

nature civile, l'article 25, alinéa 2, du Code de commerce est inapplicable, et la facture acceptée ne peut valoir que comme simple présomption de l'homme. Or, conformément à l'article 1341 du Code civil, et sous réserve d'un commencement de preuve par écrit¹¹⁰ ou d'une impossibilité de prouver par écrit¹¹¹, les présomptions sont irrecevables pour prouver les actes juridiques de plus de 375 € ou pour prouver contre ou outre un écrit (*supra*, n° 5).

27. Condition à satisfaire pour bénéficier de la force probante de l'article 25, alinéa 2, du Code de commerce. La facture est visée, directement ou indirectement, par de nombreux textes légaux ou réglementaires. Elle est notamment régie par le Code T.V.A., qui la définit comme « tout document ou message sur papier ou sous format électronique qui remplit les conditions fixées par le Code et les arrêtés pris pour son exécution » (article 1^{er}, § 13). Pour l'application de l'article 25 du Code de commerce, on peut lui donner une acception plus large et viser le « document rédigé par un commerçant dans lequel sont mentionnés l'espèce et le prix des marchandises ou des services fournis, le nom du client et l'affirmation de sa dette »¹¹².

La facture doit être acceptée. Cette exigence est logique : rappelons, en effet, que le législateur donne force probante à un document rédigé par la partie qui entend s'en prévaloir contre son cocontractant. Sans l'acceptation de ce dernier, l'effet ainsi octroyé à la facture aurait été peu compatible avec la règle suivant laquelle nul ne peut se forger de preuve à lui-même.

Cette acceptation peut être expresse ou tacite et résulter, dans ce dernier cas, du silence de l'acheteur ou, plus précisément, de son absence de protestation dans un délai utile et « raisonnablement nécessaire » pour ce faire, compte tenu de l'objet du contrat et de sa complexité¹¹³⁻¹¹⁴. Encore faut-il, cela va de soi, que l'acceptation soit certaine et, si elle résulte d'une absence de protestation, que le silence soit circonstancié¹¹⁵. Il a ainsi été jugé que le paiement de la facture sans acceptation expresse pouvait être considéré comme fondant un silence circonstancié¹¹⁶. Le cas échéant, il appartiendra au destinataire de la facture de

démontrer que son silence n'est pas univoque et qu'aucune acceptation ne peut s'inférer de celui-ci¹¹⁷. Cette valeur donnée au silence trouve son corollaire dans l'usage suivant lequel les commerçants doivent faire connaître rapidement à leur cocontractant les contestations qu'ils pourraient avoir. Quant à la contestation, elle peut être prouvée par toutes voies de droit, en ce compris en se fondant sur un échange purement verbal¹¹⁸ (même s'il est évidemment préférable de se ménager un écrit). On ajoute à ce propos que c'est au vendeur qu'il incombe de prouver l'envoi et la date de réception de la facture, par toutes voies de droit (le cas échéant, en se référant à la comptabilité)¹¹⁹. En principe, aucune autre condition n'est requise : la date n'est pas nécessaire ni même la signature¹²⁰. Quant au formalisme fiscal qui serait éventuellement imposé, par la législation sur la T.V.A., par exemple, son non-respect n'enlève pas toute force probante à la facture¹²¹.

28. Nature et étendue la force probante octroyée par l'article 25, alinéa 2, du Code de commerce. La facture acceptée bénéficie d'une force probante élevée. Plus précisément, on considère généralement qu'elle crée une présomption légale au bénéfice de son émetteur (autrement dit, le vendeur).

Encore faut-il s'entendre sur la nature de la présomption (réfragable ou irréfragable) et sur les éléments couverts par celle-ci (plus précisément sur la question de savoir si elle s'étend aux conditions générales ou pas). Ces deux points sont discutés en doctrine et en jurisprudence, ce qui ne sert pas la sécurité juridique¹²².

On note ainsi une première controverse au moment d'établir si la présomption suivant laquelle la facture acceptée fait la preuve des éléments du contrat est réfragable¹²³ ou irréfragable¹²⁴.

Une autre controverse porte sur la question de savoir si la force probante attachée à l'acceptation de l'existence de l'opération en tant que telle et de ses

¹¹⁰ Art. 1347, C. civ.

¹¹¹ Art. 1348, C. civ.

¹¹² D. MOUGENOT, « La preuve », *op. cit.*, p. 298, n° 210.

¹¹³ Sur l'appréciation du caractère tardif de la protestation, voy. Anvers, 2 mai 2012, *Limb. Rechtsl.*, 2013, p. 119, note D. VAN ISEGHEM et F. CLEEREN; Comm. Bruxelles, 25 janvier 2008, R.A.B.G., 2008, p. 936; Comm. Bruxelles, 28 décembre 2007, R.A.B.G., 2008, p. 979, note S. CNUDE; Gand, 4 décembre 2006, R.A.B.G., 2008, p. 940.

¹¹⁴ X. DIEUX, « La preuve en droit commercial », *op. cit.*, p. 19; N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, p. 304, n° 673; P. WÉRY, D. GOBERT et L. KERZMANN, « La preuve », *op. cit.*, p. 40, n° 590.

¹¹⁵ Pour des exemples, voy. Gand, 18 juin 2012, T.G.R., 2012, p. 337; T. arr. Liège, 28 juin 2012, *Ius & Actores*, 2013/1, p. 43; Liège, 5 mars 2012, *Ius & Actores*, 2012/2, p. 151, note G. DE LEVAL; Gand, 16 septembre 2009, *NjW*, 2010, p. 233, note C. LEBON; Comm. Bruxelles, 10 novembre 2008, R.W., 2009-2010, p. 548; Comm. Gand, 27 septembre 2007, T.G.R., 2009, p. 184.

¹¹⁶ Gand, 21 novembre 2011, T.G.R., 2012, p. 98.

¹¹⁷ Mons, 12 mars 2012, J.L.M.B., 2013, p. 394 (*quod non* dans ce cas d'espèce).

¹¹⁸ Comm. Audenarde, 1^{er} septembre 2009, R.W., 2010-2011, p. 29.

¹¹⁹ Comm. Bruxelles, 25 janvier 2008, R.A.B.G., 2008, p. 936; Comm. Bruxelles, 28 décembre 2007, R.A.B.G., 2008, p. 979, note S. CNUDE; Comm. Tongres, 30 janvier 2007, R.A.B.G., 2008, p. 974, note S. CNUDE; Comm. Bruxelles, 20 décembre 2004, R.W., 2006-2007, p. 409.

¹²⁰ La signature est généralement associée à la formule « pour acquit » et permet ainsi de constater le paiement (D. MOUGENOT, « La preuve », *op. cit.*, n° 210).

¹²¹ D. MOUGENOT, « La preuve », *op. cit.*, n° 210; Comm. Hasselt, 21 novembre 2000, R.W., 2001-2002, p. 534.

¹²² Sur ces controverses, voy. D. MOUGENOT, « Le point sur l'acceptation de la facture en matière commerciale », J.T., 2010, pp. 3-4.

¹²³ En ce sens, E. DIRIX, « La force probante de la facture », in *La facture et autres documents équivalents*, Waterloo, Kluwer, 2011, pp. 118-119, n° 218. Anvers, 4 janvier 2010, *NjW*, 2010, p. 788, note A. VANDERHAEGEN. Comp. Cass., 7 janvier 2005, *Pas.*, 2005, p. 35.

¹²⁴ En ce sens, X. DIEUX, « La preuve en droit commercial », *op. cit.*, p. 20; Liège, 5 mars 2012, *Ius & Actores*, 2012/2, p. 151, note G. DE LEVAL.

éléments essentiels (prix, objet, parties, etc.) s'étend également aux conditions contractuelles annexées à la facture. En pratique, il n'est pas rare que les conditions générales du vendeur soient imprimées au verso de la facture et, en cas de litige, le vendeur n'hésitera pas à s'en prévaloir. Sur ce point, il est traditionnellement admis que les conditions générales sont opposables à leur destinataire si ce dernier a eu la possibilité de les connaître, de manière effective, avant la conclusion du contrat, et s'il les a acceptées de manière certaine (fût-ce tacitement)¹²⁵. Aussi est-il refusé par certains d'étendre la force probante aux conditions contractuelles¹²⁶ (lorsque l'acheteur prend connaissance de la facture, le contrat a déjà été conclu, il n'a donc pas eu la possibilité de les connaître avant la conclusion du contrat). D'autres défendent au contraire l'idée que rien ne permet de limiter la force probante aux éléments essentiels du contrat (à l'exclusion des conditions contractuelles introduisant, par exemple, une clause d'élection de for)¹²⁷, ce qui a l'avantage de légitimer une pratique contractuelle très largement répandue. On veillera à faire preuve de prudence, pour ne pas méconnaître les principes généralement admis en matière d'opposabilité des conditions générales. On admet ainsi que cette acceptation ne peut pas porter sur les clauses inhabituelles¹²⁸ ou dérogatoires à ce que les parties auraient précédemment convenu¹²⁹.

Conclusion

29. Un système apparemment simple... mais d'application délicate.

En première approximation, le système mis en place à l'article 25 du Code de commerce semble assez simple. En consacrant le principe de la liberté de la preuve, le législateur ne veut écarter aucun mode de preuve, pas même les témoignages ou les présomptions. La tâche des parties s'en trouve donc facilitée, d'autant que certains écrits généralement usités en matière commerciale sont dotés d'un régime propre, avec des conditions de recevabilité et une force probante de nature à servir adéquatement les intérêts des commerçants.

¹²⁵ Sur l'opposabilité des conditions générales, voy. Q. VAN ENIS, « L'opposabilité des conditions générales off-line et on-line : de la suite dans les idées ? », in *Les conditions générales. Questions spéciales*, Louvain-la-Neuve, Anthémis, 2009, pp. 9-36 ; I. COLLARD et J.-F. HENROTTE, « Les conditions générales en ligne : cherchez l'intrus », *R.D.T.L.*, 2009, pp. 11-28.

¹²⁶ Gand, 18 octobre 2001, *T.W.V.R.*, 2002-2003, p. 110. Voy. aussi Liège, 17 septembre 2007, *J.L.M.B.*, 2008, p. 1455.

¹²⁷ En ce sens, voy. T. arr. Liège, 26 janvier 2012, *J.L.M.B.*, 2012, p. 861 ; Comm. Bruxelles, 28 décembre 2007, *R.A.B.G.*, 2008, p. 979, note S. CNUUDE ; Comm. Tongres, 11 janvier 2008, *R.A.B.G.*, 2008, p. 947 ; Comm. Hasselt, 7 juin 2006, *R.D.C.*, 2007, p. 295.

¹²⁸ D. MOUGENOT, « Le point sur l'acceptation de la facture en matière commerciale », *J.T.*, 2010, p. 4. *Contra* : Gand, 13 février 2008, *R.G.D.C.*, 2010, p. 142.

¹²⁹ Bruxelles, 8 décembre 2008, *D.C.C.R.*, 2009, p. 83, note Y. NINANE ; Anvers, 17 novembre 2008, *Lim. Rechtsl.*, 2009, p. 108, note I. SAMOY ; Comm. Bruxelles, 16 août 2005, *R.W.*, 2007-2008, p. 1460.

En pratique, et les controverses doctrinales ou jurisprudentielles sont là pour le rappeler, l'interprète peut être confronté à divers écueils au moment d'appliquer ces règles. On songe notamment à l'identification des actes de commerce soumis à la loi ou aux difficultés posées par l'application distributive des règles en cas d'actes mixtes ou par le régime de la facture acceptée (caractère réfragable ou irréfragable de la présomption, étendue de la force probante aux conditions contractuelles ou pas, etc.).

30. Faut-il réformer les règles de preuve en matière commerciale ?

En examinant les règles de preuve en matière commerciale et en les comparant à celles qui régissent la preuve en matière civile, la doctrine n'a pas manqué de constater qu'en dépit des très nombreux liens qui les unissaient, il s'agissait de deux systèmes distincts¹³⁰. Aussi trouve-t-on des réflexions doctrinales intéressantes (et pas nécessairement récentes) sur la nécessité de maintenir une telle division et sur l'opportunité d'unifier les systèmes. Encore faudrait-il s'entendre sur le mécanisme à privilégier : pour unifier les systèmes¹³¹, on peut songer à un renforcement du formalisme probatoire en matière commerciale – pour tendre vers la prééminence de l'écrit¹³² – ou, au contraire, à un basculement vers la liberté de la preuve pour les actes juridiques en matière civile. Comme le note J. Limpens, « le mieux n'est-il pas en ces matières de faire confiance au juge, qui est tout de même mieux placé pour apprécier l'opportunité d'une preuve testimoniale ou d'une présomption, qu'un législateur qui statue à 150 ans de distance et qui oublie régulièrement de péréquater ses taux »¹³³.

Dans le cadre de la présente contribution, il nous paraît difficile d'analyser en détail le panel des arguments *pro* ou *contra*. Nous sommes cependant favorables à l'existence d'un système aussi simple que possible, dans lequel le formalisme

¹³⁰ P. WÉRY, D. GOBERT et L. KERZMANN, « La preuve », *op. cit.*, p. 28, n° 320 ; D. MOUGENOT, « La preuve : évolution et révolution », in P. WÉRY (dir.), *Le droit des obligations conventionnelles et le bicentenaire du Code civil*, Bruxelles, la Charte, 2004, p. 147, n° 40.

¹³¹ J. LIMPENS, « De l'unification du droit civil et du droit commercial », *J.T.*, 1953, pp. 353 et s. ; S. FREDERICQ, *De eenmaking van het burgerlijk recht en het handelsrecht*, Anvers, De Sikkel, 1957, pp. 124 et s.

¹³² J.-F. Leclercq est favorable à un tel système, qui devrait d'ailleurs être établi par une loi : « la loi nouvelle concrétisant, par un texte, un système d'unification de la preuve en droit privé, pourrait maintenir comme principe la prééminence la preuve écrite définie actuellement aux articles 1341, alinéa 1, 1345 et 1346 du Code civil, et dont le formalisme renaissant des lois commerciales particulières est une application. (J.-F. LECLERCQ, « Essai de solution d'une adaptation du régime des preuves en droit privé », in *Unité et diversité du droit privé*, Bruxelles, Éditions de l'ULB, 1983, p. 403).

¹³³ J. LIMPENS, « De l'unification du droit civil et du droit commercial », *J.T.*, 1953, p. 357, n° 30. En ce sens, S. FREDERICQ, « L'unification du droit civil et du droit commercial. Essai de solution pragmatique », *Rev. trim. dr. com.*, 1962, p. 216, n° 15, qui considère que « la suppression de la discrimination existante par l'extension de la règle commerciale ne présenterait pas de danger : le peu de foi qui doit être attribué à la preuve testimoniale est connu des juges, qui n'admettront pas celle-ci à la légère ». Certains auteurs se montrent toutefois réticents à libéraliser la preuve en matière civile : voy. D. MOUGENOT, « La preuve », *op. cit.*, n° 60 ou J. HERBOTS, « La lettre et l'esprit du contrat dans une perspective de droit comparé : ne point prouver contre ou outre l'écrit », in *Mélanges offerts à Marcel Fontaine*, Bruxelles, Larcier, 2003, pp. 412-413, n° 28.

probatoire est limité à ce qui est strictement nécessaire et qui privilégie les exigences de forme dans les cas où l'on souhaite protéger l'un des cocontractants en position de faiblesse ou garantir la célérité d'une opération par des formes standardisées. Pour le reste, le législateur ne devrait plus faire l'économie d'une telle réflexion et se laisser entraîner par le sillage et l'aspiration favorable créée par le Code de droit économique pour réformer (enfin) le Code de commerce (et notamment le régime probatoire qu'il contient).